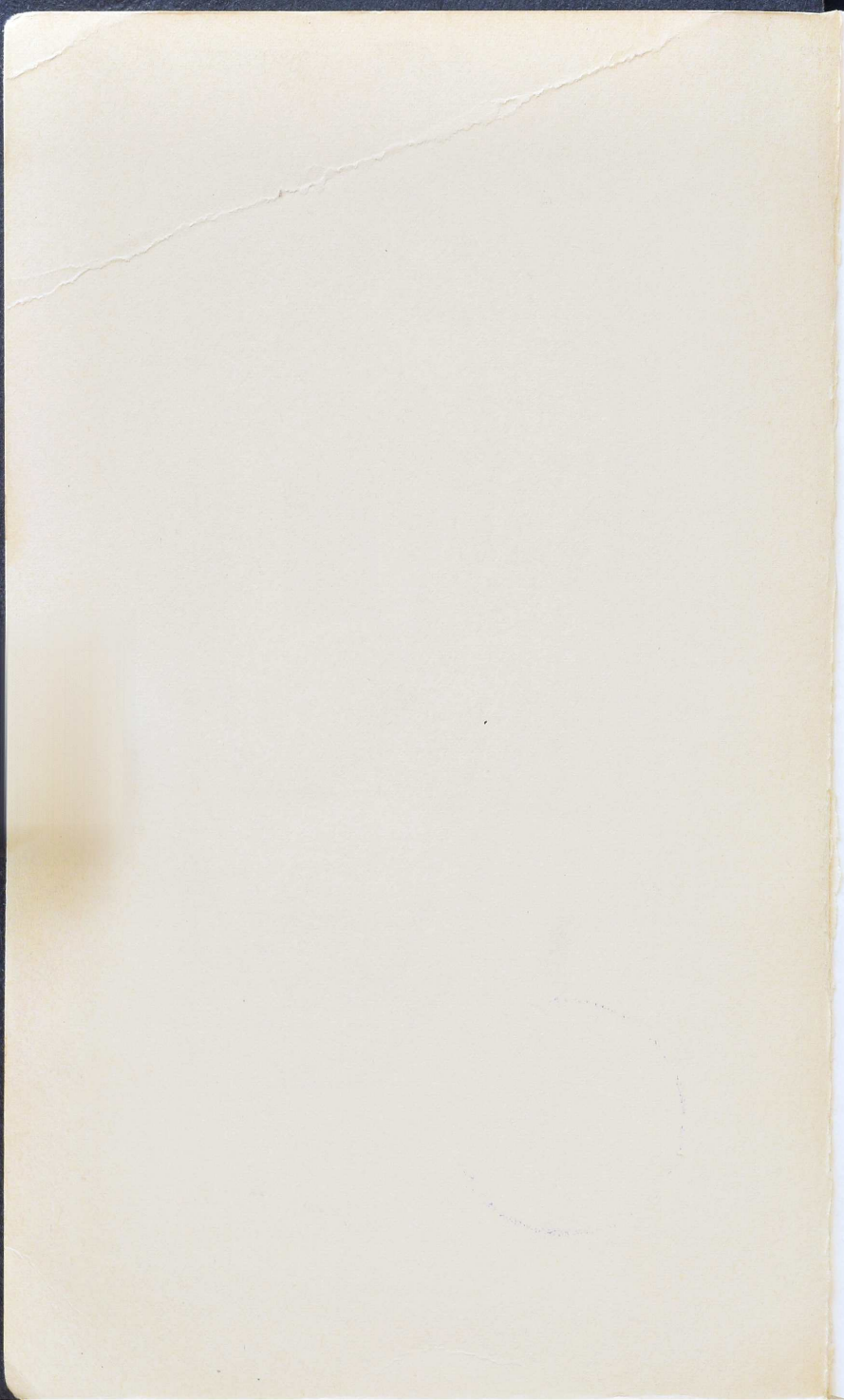


Santi Romano L'ordinamento giuridico

Biblioteca Sansoni

TORINO
LE SOLARI"



T000 327046

206.129

Biblioteca Sansoni

183 4707



Bibliography

SANTI ROMANO

L'ORDINAMENTO GIURIDICO



SANSONI · FIRENZE

1918: I Edizione.
1946: II Edizione.
1951: Ristampa della II Edizione.
1962: Ristampa della II Edizione.
1967: Ristampa della II Edizione.

PREFAZIONE

Il presente lavoro, che avevo scritto col proposito di farlo seguire da altri studii di teoria generale del diritto, ma che sta completamente a sé, apparve per la prima volta in due fascicoli degli « Annali delle Università toscane » del 1917 e del 1918, e contemporaneamente in un volume pubblicato a Pisa con la data del 1918.

Ho creduto opportuno che in questa seconda edizione, che vede la luce dopo che la prima è da molti anni esaurita, il testo originario fosse riprodotto senza alcuna variazione. Soltanto nelle note, in aggiunte chiuse fra parentesi quadre, e in nuove note, anch'esse chiuse, per distinguerle dalle altre, in tali parentesi, ho tenuto conto della letteratura posteriore sui vari argomenti da me trattati e, molto sobriamente, delle più importanti critiche che mi sono state rivolte. Non ho fatto, invece, menzione di certa letteratura e di certe critiche che sono evidentemente sprovviste di seria consistenza scientifica e dimostrano un'assoluta incomprensione dei problemi fondamentali della teoria generale del diritto.

Spero che oramai, essendo agevole la lettura del libro, non ci siano più molti che ne parlino, come è spesso avvenuto, senza conoscerlo direttamente e, perciò, incorrendo in gravi fraintendimenti.

S. R.

Roma, Novembre 1945.

I.

IL CONCETTO DI ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: § 1. Il diritto in senso obbiettivo concepito comunemente come norma. Insufficienza di tale concezione. — § 2. Di alcuni indizi generali di questa insufficienza e in particolare di quelli desunti dalla probabile origine delle correnti definizioni del diritto. — § 3. Necessità di distinguere le singole norme giuridiche e l'ordinamento giuridico considerato unitariamente. Impossibilità logica di definire quest'ultimo come un insieme di norme. — § 4. Come l'unità di un ordinamento giuridico sia stata talvolta intuita. — § 5. Come un ordinamento giuridico non sia soltanto un complesso di norme, ma consti anche di altri elementi. — § 6. Come tali elementi siano implicitamente postulati dalle comuni ricerche sui caratteri differenziali del diritto. — § 7. Valutazione, da questo punto di vista, della c. d. obbiettività del diritto; — § 8. e dell'elemento della sanzione. — § 9. L'espressione « ordinamento giuridico ». — § 10. Gli elementi essenziali del concetto del diritto. Il diritto come istituzione e il diritto come precetto. — § 11. I precedenti dottrinali del concetto di istituzione. — § 12. Il nostro concetto di istituzione e i suoi caratteri fondamentali: 1) l'esistenza obbiettiva dell'istituzione; 2) istituzione e corpo sociale; 3) suità dell'istituzione; istituzioni complesse; 4) unità dell'istituzione. — § 13. Equivalenza dei concetti di istituzione e di ordinamento giuridico. — § 14. Prove di tale equivalenza tratte dalla dottrina che il diritto è soltanto « forma ». — § 15. Cenno di alcuni problemi che debbono risolversi in base a questa equivalenza. — § 16. Casi in cui la prima posizione del diritto è data non da norme, ma dal sorgere di un'istituzione, e impossibilità di risolvere l'istituzione in norme. — § 17. Il concetto di istituzione e l'ordinamento giuridico internazionale. — § 18. Istituzione e rapporto giuridico: rapporti fra più persone; — § 19. rapporti fra persone e cose: esempi di taluni di questi rapporti che, considerati più comprensivamente, possono raffigurarsi come istituzioni. — § 20. L'istituzione e la persona

giuridica. — § 21. La nostra concezione del diritto in riguardo a taluni problemi concernenti: 1) il carattere giuridico della potestà dello Stato; 2) l'estensione della personalità dello Stato; 3) la rilevanza giuridica del suo territorio e della cittadinanza. — § 22. Esame critico di talune opinioni che non danno rilievo all'ordinamento giuridico se non in quanto riflette rapporti fra più persone. Applicazioni riguardo: 1) alla sanzione del diritto; 2) al territorio e alla cittadinanza statale; 3) agli organi dello Stato; 4) ai limiti della funzione legislativa. — § 23. Alcune conseguenze della nostra concezione in riguardo all'aspetto soggettivo del diritto: al rapporto giuridico; agli *status* delle persone; ai diritti reali; alla correlazione fra diritti e obblighi; alla posizione di uguaglianza o disuguaglianza dei soggetti. — § 24. Considerazioni riassuntive.

§ 1. Le definizioni, che del diritto, in senso obiettivo, sono state date, hanno tutte, senza alcuna eccezione, un elemento comune, che rappresenta il *genus proximum*, cui quel concetto si riduce. Esse, cioè, affermano concordemente che il diritto costituisce una regola di condotta¹, sebbene divergano, ora più ora meno, nel precisare la *differentia specifica*, per cui la norma² giuridica dovrebbe distinguersi dalle altre.

¹ Negli ultimi tempi, questo punto di vista è stato, per così dire, esasperato sino alle estreme conseguenze, in vario senso e da varie parti. A prescindere dai singolari lavori del DUGUIT, nei quali ogni altro momento del fenomeno giuridico è risolto e quasi annullato in quello della « *règle de droit* » (v. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, p. 10 segg., nonché gli scritti posteriori), v. p. es., Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911, i cui intendimenti sono messi in evidenza anche nel titolo dell'opera. [Nella letteratura più recente, che sarà appresso citata, si è però reagito da più parti e in vario senso a tale concezione].

² Noi adoperiamo promiscuamente la parola « norma » e la parola « regola ». Invece è bene avvertire, per evitare equivoci, che, nella letteratura tedesca, quando si controverte se il diritto sia costituito soltanto da norme (v. p. es., THON, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Weimar 1878, p. 1 segg., 8; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Leipzig 1894, p. 30 segg.; WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 27; ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen*

Il primo e più importante scopo del presente lavoro vorrebbe essere quello di dimostrare che tale modo di definire il diritto, pur non essendo, almeno in un certo senso e per certi fini, inesatto, è tuttavia, considerato in sé e per sé, inadeguato e insufficiente, e che, per conseguenza, occorre integrarlo con altri elementi, di cui non si tiene comunemente conto e che invece sembrano più essenziali e caratteristici. Che il diritto si presenti anche come norma e che sia necessario valutarlo anche sotto questo aspetto; che, anzi, tale punto di vista sia molto spesso e, specialmente, ai fini della pratica più comune, oltreché necessario, sufficiente; sono ragioni che, assieme ad altre, spiegano perché nella stessa definizione astratta non si sia andati oltre la categoria delle norme. Ma ciò, com'è naturale, non esclude che essa non possa e non debba esser superata, mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca.

§ 2. La migliore e più convincente dimostrazione di questa tesi sarà data, naturalmente, da tutto il lavoro, se, per tal via, si riuscirà a chiarire o risolvere una serie

*rechts*⁶, Marburg 1911, I, p. 27 [= nella 13^a edizione, 1931; ecc.), alla parola « Norm », si dà non il significato, in cui l'adoperiamo noi, di « regola », ma quello di « comando » o « divieto », ossia d'« imperativo »: si tratta dunque della questione, che non c'interessa, circa il carattere c. d. imperativo del diritto. In Italia segue la medesima terminologia BRUNETTI, *Norme e regole finali del diritto*, Torino 1913, § 5 segg. Riguardo invece al diritto come regola, osserva JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, Berlin 1914, p. 332 [le edizioni posteriori sono immutate così in questo come negli altri punti appresso citati]: « Kein Streit herrscht darüber, dass das Recht aus einer Summe von Regeln für menschliches Handeln besteht ».

di problemi, attinenti ai vari rami del diritto, che finora rimangono molto oscuri o insoluti. Ma, intanto, della insufficienza delle definizioni comuni non sarà inutile addurre alcune prove e anche alcuni indizi indiretti.

Fra questi ultimi occorre annoverare i seguenti.

In primo luogo, il fatto che da tutti si sente e si confessa che il concetto del diritto non ci è ancora perfettamente chiaro ³. Tale sentimento non può derivare soltanto dalle divergenze, non numerose né gravi, che si rinvencono nella dottrina, la quale, pienamente d'accordo ⁴ nell'idea di ridurre il diritto alla categoria delle norme, distingue poi, con varie formule che, molto spesso, sono solo apparentemente diverse, le norme giuridiche dalle altre. Esso piuttosto sembra suggerito dall'intuizione, sia pure vaga e indistinta, che tutto il problema non è convenientemente impostato e che una soddisfacente risoluzione non può ottenersene se non cambiandone gli stessi termini.

In secondo luogo, è sintomo rilevante che, mentre una esatta definizione del diritto si reputa necessaria non soltanto ai fini di quelle discipline più astratte, che sono la filosofia e la teoria generale del diritto, ma anche per le discipline giuridiche particolari, la comune definizione poco o nulla serve a quest'ultime.

³ Anche oggi, rileva G. RADBRUCK, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig 1914, p. 30 [non più nella 3^a edizione del 1932, intitolata *Rechtsphilosophie*], hanno valore le parole derisorie di Kant: « Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht ».

⁴ Prescindiamo da quei particolarissimi punti di vista, anch'essi, del resto, significativi, per cui si è ritenuta vana « la speranza di trovare il *quid proprium* del diritto, il suo momento specifico, o la sua definizione così cara alla generalità dei filosofi »: vedi, in questo senso [fra gli altri], G. MAGGIORE, *Il diritto e il suo processo ideale*, Palermo 1916, p. 59 segg. [Di questo A. v. però gli scritti posteriori che saranno citati in seguito].

In vero, nella determinazione dei principii, così del diritto pubblico come del diritto privato, ma specialmente del primo, si è oramai giunti a tale punto di coordinazione e di subordinazione l'uno all'altro, che essi appaiono direttamente e indirettamente discendenti dalla generale concezione del diritto e variano, per lo meno di posizione e di prospettiva, col variare di quest'ultima. Le più profonde divergenze che si hanno nella loro determinazione additano in modo chiaro qual è il punto centrale e fondamentale da cui occorrerebbe rifarsi. Chi ha qualche conoscenza dei massimi problemi, per esempio, del diritto internazionale, del diritto costituzionale, nonché del diritto ecclesiastico, sa benissimo che, il più delle volte, la discussione di essi, fra coloro che li risolvono diversamente, diventa inutile, anzi impossibile, per la mancanza di un punto fermo da cui la discussione possa avviarsi. E questo punto è, senza dubbio, come del resto è stato talvolta avvertito ⁵, la stessa definizione del diritto: quella, da cui, implicitamente o esplicitamente, si parte, può essere anche pacifica, ma non serve allo scopo, perché non contiene che elementi indifferenti e indifferenziati.

Non è inoltre senza un notevole significato il rilievo dell'origine, almeno probabile, delle correnti definizioni del diritto. Esse sono state elaborate o dalla disciplina del diritto privato, che poi le ha imposte alle altre, o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina. Quelle definizioni, infatti, appaiono per quest'ultima molto più soddisfacenti di

⁵ Per il diritto internazionale, v. ANZILOTTI, nella *Rivista di diritto internazionale*, VII (1913), p. 567; per il diritto ecclesiastico, v., da ultimo, V. DEL GIUDICE, *Il diritto ecclesiastico in senso moderno*, Roma 1915, p. 20 segg.

quanto non riescano in campi diversi: anche in essa, come vedremo, talune questioni si avvantaggerebbero notevolmente partendo da un più compiuto concetto del diritto, ma non si può negare che, per la massima parte dei suoi principii e dei suoi problemi, non si sente il bisogno di raffigurare il diritto altrimenti che come norma. Non così, viceversa, in alcuni rami del diritto pubblico. Non è questo, com'è noto, l'unico esempio delle conseguenze dannose prodotte dal fatto, che molti concetti generali e comuni così al diritto pubblico come al privato, sono stati considerati unilateralmente dalla scienza di quest'ultimo, mentre la scienza del primo o non esisteva o era in inferiore stadio di sviluppo: in modo che più tardi essi si son dovuti riprendere, correggere e completare, tenendo conto di una serie di elementi nuovi. Chi ha conoscenza di questo faticoso, ma importantissimo procedimento di integrazione e correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici che è stato iniziato dai moderni pubblicisti, intuirà facilmente la necessità che un procedimento analogo si compia per la stessa definizione del diritto che, giova ripeterlo, il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato.

Per tale definizione, anzi, occorre tener presente quel che c'è di vero — ed è molto — nella vecchia e anche nella recente constatazione, che il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico. Non già che sia da approvare la modernissima corrente dottrinarìa che, esagerando questa verità, nega la distinzione fra il diritto pubblico e il diritto privato⁶. Ma quest'ultimo è, senza dubbio,

⁶ V. specialmente: WEYR, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem*, in *Archiv f. öff. R.* XXIII (1908), p. 529 segg.; KEL-

una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato⁷. Se ciò è esatto, se ne può dedurre la conseguenza, che gli elementi del concetto del diritto, in genere, debbono desumersi più dal diritto pubblico che dal diritto privato. Il che significa che bisogna adottare un procedimento inverso a quello sin qui prevalso: non però sino al punto di foggare una definizione del diritto che, tratta dalla considerazione esclusiva del diritto pubblico, potrebbe non servire più al diritto pri-

SEN, *Die Hauptprobleme* cit., pp. X, 268 segg.; WEYR, *Ueber zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre*, in *Zeitschrift f. das priv. u. öff. R.*, XL (1913), p. 183 segg.; LAUN, *Eine Theorie vom natürlichen Recht*, in *Archiv f. öff. R.*, XXX (1913), p. 397 segg.; KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, ivi, XXXI (1913), p. 55 segg.; WEYR, *Zum Unterschiede zwischen öffentlichem u. privatem Recht*, in *Oesterr. Zeitschrift f. öff. R.*, I (1914), p. 439 segg.

⁷ Confr. le osservazioni del PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano 1910, p. 134 segg., alle quali però non aderiamo in quanto si ricollegano alla concezione strettamente statuale del diritto. V. in senso analogo N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*², I, Milano 1915, § 6 [= 4ª edizione, 1929]. Anche nella dottrina più antica non mancano del resto affermazioni che partono dal medesimo punto di vista. Così, p. es., P. ROSSI diceva che il diritto civile è un capitolo il cui principio si trova nel diritto costituzionale. L'opinione, invece, diametralmente contraria (adombrata da parecchi scrittori, talvolta utilizzata per argomenti speciali, ed esplicitamente formulata dal RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari 1911, p. 102), che vero diritto sia soltanto quello privato, mentre i rapporti di diritto pubblico non sarebbero intrinsecamente rapporti giuridici, non può spiegarsi altrimenti che ponendo mente a quanto diciamo nel testo: che, cioè, la definizione comune del diritto, da cui si parte, è essenzialmente formulata con riguardo al diritto privato, e perciò in certo senso esclude dal suo ambito concettuale il diritto pubblico. E dunque un'opinione che può servire a confermare il bisogno di rivedere tale definizione dal punto di vista pubblicistico.

vato, ripetendo alla rovescia gli inconvenienti che adesso lamentiamo. In altri termini, una vera, completa definizione del diritto in generale ha bisogno di tener conto di elementi che finora non sono stati, per dir così, messi in valore, e deve proporsi lo scopo, non soltanto teorico, ma anche pratico, di servire per tutti i rami speciali del diritto, se è vero che questo, sia pure non unico nelle sue estrinsecazioni, può tuttavia ridursi ad unità di concetto.

A conferma e a completamento di quanto si è osservato, si può anche aggiungere che, di solito, i giuristi si sono formati una nozione del diritto che non va al di là del diritto che si applica o altrimenti si prende in considerazione dai tribunali⁸. Ora, dal punto di vista del giudice, è naturale che il diritto altro non sia che una regola, anzi una regola di decisione. E, poiché la protezione giudiziaria, prima quasi esclusiva al diritto privato, non si ha, neppure oggi, per una parte notevole, che può essere anche la fondamentale, del diritto pubblico, si spiega come il diritto si sia principalmente configurato, avendo in vista le norme di decisione delle controversie di diritto privato.

§ 3. Ci sono poi argomenti più diretti e sostanziali, che dimostrano la necessità della revisione del concetto di diritto.

Le inesattezze nelle definizioni di idee molto astratte sono spesso generate e perpetuate dalla indeterminazione delle parole che vi corrispondono, dalla povertà del linguaggio, che non ha, per discriminarle da altre

⁸ Si ricordi il detto del Maitland, secondo il quale scrivere la storia delle azioni inglesi sarebbe lo stesso che scrivere la storia del diritto inglese. C. confr. le osservazioni dell'EHRlich, *Der praktische Rechtsbegriff*, in *Festschrift f. E. Zitelmann*, München u. Leipzig 1913, p. 8 segg.

affini, vocaboli distinti. Così, forse anche per questo motivo, quando si afferma che il diritto è norma di condotta, non si avverte che la parola « diritto » viene effettivamente adoperata in vari significati, dei quali occorrerebbe mettere in rilievo la differenza, che invece non vien neppure sospettata.

In un primo significato, si designa come diritto una o più norme singole — una legge, una consuetudine, un codice e così via — considerandole ciascuna in sé o anche raggruppandole materialmente, secondo il loro oggetto comune, o la fonte da cui derivano, o il documento in cui si contengono, o altri criteri più o meno estrinseci e particolari. In questo caso, la definizione comune appare perfettamente esatta.

Spesso però per diritto si intende qualche cosa non soltanto di più comprensivo, ma anche di sostanzialmente diverso. Ciò si verifica allorquando si ha riguardo all'intero ordinamento giuridico di un ente: per esempio, quando si parla del diritto italiano o francese, del diritto della Chiesa, ecc., abbracciandoli nella loro rispettiva totalità. Allora, la definizione generalmente adottata, per sostenersi, ha bisogno di ricorrere ad un espediente: quello di concepire ciascuno di tali ordinamenti come un insieme o un complesso di norme. È però un ripiego che appare contrario alle leggi della logica che presiedono al giudizio definitorio ed è inoltre, anzi per ciò stesso, ben lontano dal rendere la realtà.

È chiaro infatti che, se si vuol definire un intero ordinamento giuridico, non si può aver riguardo soltanto alle singole sue parti o a quelle che si credono tali, cioè le norme che vi si comprendono, per dire poi che esso è l'insieme di queste parti, ma bisogna per l'appunto colpire la nota caratteristica, la natura di questo insieme o di questo tutto. Ciò potrebbe non essere necessario solo

se si ammettesse che un ordinamento giuridico altro non sia che una somma aritmetica di varie norme, nello stesso modo che una legge, un regolamento, un codice — guardati, del resto, da un punto di vista materiale ed estrinseco — non sono che un seguito di determinati articoli, che possono addizionarsi fra loro. Se, invece, si ammette, come non è dubbio, che un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un'unità a sé — e un'unità, si noti bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione, ma concreta ed effettiva — si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono. È anzi da ritenere che non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono, senza anteporre il concetto unitario di esso. Così non si può avere un'idea esatta delle varie membra dell'uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l'uomo o quella macchina.

§ 4. La necessità di considerare un ordinamento giuridico come un'unità, nel senso accennato, è stata molte volte rilevata⁹, anzi è divenuta una specie di luogo comune nella formulazione delle teorie concernenti l'interpretazione delle leggi; ma è strano che non sia stata mai usufruita e portata alle sue logiche conseguenze per la

⁹ V., fra gli altri, PEROZZI, *Precetti e concetti dell'evoluzione giuridica*, estr. dagli *Atti della società it. per il progresso delle scienze*, V riunione, Roma 1912, p. 13 segg. V. anche REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, estr. dagli *Scritti in onore del Simoncelli*, Napoli 1916, p. 5. [V. di recente M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, p. 111 e autori ivi cit., e inoltre i miei *Principii di dir. costituzionale generale*, Milano 1945, cap. VI, § 7].

definizione del diritto. Appunto perciò, il che non è trascurabile, essa è rimasta poco più che un'affermazione, e, sovente, una semplice intuizione, un'idea vaga, nebulosa e quasi inafferrabile, nelle stesse teorie sull'interpretazione, che pure vi costruiscono sopra qualche loro principio fondamentale. Esse non si limitano infatti a porre in rilievo che l'ordinamento giuridico è un « sistema » di norme concatenate fra di loro logicamente, nonostante che si formi a pezzi e abbia delle imperfezioni: ciò si potrebbe spiegare, in modo molto semplice, con la stessa intenzione degli organi legislativi, i quali non solo sanno che, quando una legge è emanata, essa viene ad unirsi alle precedenti, ma contano su questa specie d'amalgama che rientra nei compiti dell'interpretazione¹⁰. Sennonché, molte volte si va al di là di questo concetto, e non sembra pel solo scopo di colorirlo e di renderlo con immagini più vive, ma per accennare ad un altro concetto sostanzialmente diverso. Così, per esempio, si parla di una volontà, di una potestà, di una *mens*, di una forza propria dell'ordinamento giuridico, distinta da quella delle singole norme e indipendente anche dalla volontà del legislatore che le ha emanate; si afferma che l'ordinamento medesimo costituisce un « tutto vivente », un « organismo », che ha quella « forza propria, sebbene latente, di espansione e di adattamento », sulla quale si fonda l'ammissibilità dell'analogia¹¹. Ed è noto che, per i seguaci della così detta interpretazione evolutiva, questa volontà autonoma dell'ordinamento giuridico sarebbe

¹⁰ V. in ordine a questo punto, le osservazioni di V. THUR, *Der allgemeine Teil des d. bürgerlichen Recht*, I, Berlin 1910, p. 37 segg. e anche p. XI.

¹¹ V., p. es., N. COVIELLO, op. cit., § 28; MICELI, *Principii di filosofia del diritto*, Milano 1914, § 135: le citazioni nel medesimo senso si potrebbero, del resto, agevolmente moltiplicare.

suscettibile di mutarsi, senza che in esso si incorporino nuove norme, col solo mutarsi dell'ambiente sociale in cui deve trovare applicazione.

Ora, a parte le esagerazioni che in questa materia ricorrono così frequenti, ma che sono pure esse significative, quei concetti che, come si è detto, son diventati dei luoghi comuni, non possono evidentemente considerarsi come sottili artifici o cabale dei legisti, inclini a collocare nelle nuvole e a circondare di mistero il fondamento del loro ufficio di interpreti. Esse, invece, rappresentano giuste intuizioni, che hanno però bisogno di essere dimostrate, della verità che la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il *quid* che costituisce quell'unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino ad un certo punto, di indipendente. La mancata dimostrazione di tale unità, così intesa, spiega, nel medesimo tempo, il significato inesatto che comunemente si attribuisce al principio della c. d. « espansione logica » delle singole norme, e le opinioni, ugualmente inammissibili, di chi ¹² ha creduto di poter distruggere totalmente questo principio, senza salvarne l'elemento di vero che contiene.

§ 5. Sembra, del resto, che si possa e si debba andare più in là. Noi abbiamo finora asserito che la definizione del diritto non può coincidere con la definizione delle

¹² V., p. es., STAMPE, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, X (1905), e, in certo senso, anche DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, *passim* e specialmente p. 126 segg.

norme che vi si comprendono, anche ammessa l'ipotesi che nel primo non sia dato rinvenire altri elementi essenziali che le seconde. Adesso noi assumiamo che quest'ipotesi, che pure si direbbe un presupposto pacifico di tutte le definizioni del diritto, sia contraria alla realtà, e che quindi non soltanto esse hanno il vizio di non essere, per quelle ragioni cui si è accennato, delle definizioni vere, cioè logicamente esatte, di lasciare indeterminato proprio ciò che dovrebbero precisare, ma hanno anche quello, ben più grave, di partire da un postulato del tutto erroneo.

Questo assunto crediamo si possa dimostrare in vari modi.

Anzi tutto, non sarà inutile appellarci alla generale esperienza o, meglio, al significato che spontaneamente richiama l'espressione ordinamento giuridico. Quando, in tal senso, si parla, per esempio, del diritto italiano o del diritto francese, non è vero che si pensi soltanto ad una serie di regole o che si presenti l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e decreti. Ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancora più, dai non giuristi, che ignorano quelle definizioni del diritto di cui parliamo, è invece qualche cosa di più vivo e di più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse. In altri termini, l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della

sua attività, che non un elemento della sua struttura ^{12 bis}. Sotto certi punti di vista, si può anzi ben dire che ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino, e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento. Ma non conviene per ora anticipare la dimostrazione di questo concetto, che dovrà più avanti esser ripreso e tratto a conseguenze.

§ 6. Gioverà intanto mantenersi su un terreno più concreto, e, relativamente, più piano, traendo partito da alcuni argomenti che offrono i vari tentativi con cui si è cercato di differenziare la norma giuridica da altre più o meno affini. Che questi tentativi abbiano dato dei risultati soddisfacenti nessuno vorrebbe affermare: il che potrebbe far supporre un difetto nello stesso modo in cui il problema comunemente si pone. E il difetto sembra sia il seguente: ammesso il postulato che il diritto non sia che norma, si è cercato il carattere o i caratteri specifici della norma giuridica, ma questa indagine non può condurre a rendere la nozione del diritto, appunto perché questo non si risolve tutto e sempre in norme. Ne viene che si è cercato di risolvere un problema, che ha termini più ampi, credendolo equivalente ad un altro, che invece è più limitato. Da ciò una serie di ripieghi e di espedienti, che ci sembra gettino qualche luce sulla nostra tesi. Infatti, le soluzioni che si sono proposte, più uniformi nella loro apparente varietà di quel che si po-

^{12 bis} [A questa mia osservazione aderisce C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, p. 24].

trebbe supporre, hanno questo di comune, che senza accorgersene e senza rendersene conto, ricercano i caratteri differenziali della norma giuridica in elementi che sono estranei al concetto di norma. Esse così contraddicono il postulato da cui muovono e, pur non volendo, affermano che questo concetto non adegua quello di diritto.

Non sarà inutile esaminare da tale punto di vista l'opinione molto diffusa che il diritto si distingua dalle altre norme, più che per altro, per i suoi caratteri « formali ». Già questa stessa espressione dovrebbe dare a pensare, in quanto evidentemente accenna a qualche cosa che sta fuori della norma giuridica, che ne costituisce l'involucro o l'aspetto estrinseco: in modo che resterebbe sempre a meditare perché il diritto dovrebbe definirsi, più che per la sostanza delle norme che lo comporrebbero, per questa loro veste. A rigore, se ne dovrebbe dedurre che il diritto non è la norma, ma ciò che involuppa quest'ultima e le imprime un certo aspetto. Ma non insistiamo in quest'ordine di considerazioni, tanto più che la parola « forma » è di quelle che si prestano ad essere variamente intese ¹³ (v. più avanti § 14). Vediamo piuttosto quali sarebbero questi c. d. caratteri formali.

Da alcuni di essi si può anche prescindere, sia perché non concordemente annoverati come tali, sia perché dovremo, in altri di questi nostri studi, prenderli in esame da un più decisivo punto di vista. Basterà fermarci su

¹³ V. G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna 1905, p. 173. [Infatti, quando questo A., *Moderne concezioni del diritto*, in *Riv. internazionale di filosofia del dir.*, 1921, p. 6 dell'estr., alla mia osservazione obietta che i caratteri formali del diritto sono i suoi caratteri essenziali perché *forma dat esse rei*, dice cosa esatissima, ma adopera la parola « forma » in un significato filosofico che non è precisamente quello cui mi riferisco nel testo].

due di tali caratteri, che, sia pure non sempre intesi nello stesso modo, raccolgono il consenso unanime, o quasi, della dottrina: e sono quelli che vanno comunemente sotto il nome di obbiettività della norma e di sanzione giuridica.

§ 7. In base al primo di questi due caratteri, si afferma che il diritto consta di norme, le quali si siano affatto staccate dalla coscienza di chi deve osservarle ed abbiano acquistato un'esistenza propria ed autonoma. Non già che il diritto non abbia la sua radice profonda in questa coscienza, non sia proiettato dal suo intimo e non ne sia un luminoso riverbero, ma esso la trascende, la supera e le si contrappone. Normalmente gli individui si riconoscono l'un l'altro come soci, e quindi tendono alla loro spontanea collaborazione e al rispetto delle loro reciproche libertà: ma, poiché fra di essi sono possibili divergenze e contese, occorre l'intervento di una coscienza superiore, che sia il riflesso e rappresenti l'unificazione di quelli. Questa coscienza che incarna le ragioni della coesistenza e del sistema in cui i singoli si unificano, che fa da mediatore, che appella al rapporto delle parti fra loro e col tutto, che è come l'incarnazione dell'*io* sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, è data per l'appunto dal diritto. Da ciò la c. d. posizione formale del diritto, che si definisce come il regno dell'obbiettività¹⁴.

¹⁴ V. l'opera citata del PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, passim, e dello stesso A. lo scritto precedente: *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, in *Riv. it. di scienze giur.*, XXXII (1897), p. 367 segg. V. inoltre MICELI, *La norma giuridica*, Palermo 1906, p. 197 segg.; *Principii* cit. § 54.

Il CROCE, *Filosofia della pratica*², Bari 1915, p. 323 segg. [5^a ed., p. 307 segg.], conformemente alla sua tesi della riduzione del diritto all'economia, pone in una unica categoria così le norme sociali come

Sennonché, a rigore di logica, ciò implica il seguente principio: diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma¹⁵. Il processo di obbiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'*io* sociale di cui si parla. Non c'è alcuna ragione per ritenere che quest'ultimo sia un termine *a quo* del diritto¹⁶: esso è il diritto stesso, e la norma non è che la sua voce o, meglio,

quelle che l'individuo detti a se stesso, ponendosi un programma: egli così cancella quegli elementi formali del diritto, che sarebbero dati dall'obiettività e dalla sanzione, e che rappresenterebbero concetti empirici dei quali non si potrebbe fare uso alcuno in filosofia. Non è questo il luogo di vagliare la teoria del Croce: soltanto, occorre rilevare che essa, appunto in quanto nega l'autonomia, dal punto di vista esclusivamente filosofico, del concetto del diritto, che elide in una più ampia categoria, non può servire di base per chi deve invece affermare l'esistenza e l'autonomia di quel concetto, sia pure in senso empirico. In altri termini, qualunque sia il valore filosofico di tale dottrina, essa non ne ha e non ne vuole avere alcuno per la scienza giuridica propriamente detta, che non può certo rinunciare a foggarsi un concetto del diritto, senza rinnegare se medesima.

Sulla « intimità » di ogni autorità e di ogni legge, che non mancherebbe « né meno nel foro interno della persona, che dicesi individuale », v. pure GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, estr. dagli *Annali delle Università toscane*, Pisa 1916, pp. 39 segg., 47 segg.

¹⁵ Così è stato osservato, dal punto di vista della teoria che fonda la obbligatorietà del diritto sul riconoscimento degli associati, che tale riconoscimento si riferisce, non tanto alla norma come tale, quanto all'autorità da cui emana: v. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, I, Roma 1912, p. 27 [p. 42 nella 3^a ed., 1928; p. 32 ed. tedesca: *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, Berlin 1929].

¹⁶ Qualche particolare obiezione alla veduta che ci sembra esatta è stata suggerita da un punto di vista, che converrà più avanti prendere in esame: v., p. es., PETRONE, *Il diritto ecc.*, p. 140 segg., e altri che citeremo in seguito.

una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine. La sua esistenza e la sua struttura, che segnano al massimo grado quell'elemento dell'obiettività che si afferma proprio e caratteristico del diritto, si debbono comprendere nella linea che circoscrive il confine di un ordinamento giuridico. L'obiettività delle norme non è che un riflesso, molto più debole e talvolta assolutamente pallido, dell'obiettività di tale ente, e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima. Obiettiva non si dice la norma giuridica solo perché scritta o altrimenti formulata con esattezza: se così fosse, essa non si distinguerebbe da molte altre norme, che sono capaci di quest'estrinseca formulazione, oltre al dire che talvolta sono norme giuridiche alcune, per esempio, le consuetudini, che non raggiungono una precisazione in tal senso. Il carattere dell'obiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto. Se si prescinde da questo concetto, il c. d. carattere dell'obiettività o non dice più nulla o, peggio, implica degli errori.

Ciò è tanto vero che non solo si possono astrattamente immaginare, ma storicamente si danno, com'è, del resto, notissimo, esempi di ordinamenti giuridici, in cui non si rinvencono norme scritte o anche non scritte, nel senso proprio della parola. È stato detto più volte che è possibile concepire un ordinamento, che non faccia posto alla figura del legislatore, ma solo a quella del giudice. Ed è ripiego, suggerito dalla nostra mentalità moderna, ma non corrispondente alla realtà, il dire che in questo caso il giudice, nel medesimo tempo in cui decide il caso concreto, pone la norma che presiede al suo giudizio. La verità è, invece, che questo può essere de-

terminato dalla c. d. giustizia del singolo caso, dall'equità o da altri elementi che sono qualche cosa di ben diverso dalla norma giuridica vera e propria, che, per sua natura, concerne una serie o classe di azioni ed è quindi astratta e generale. Se così è, il momento giuridico, nell'ipotesi accennata, deve rinvenirsi, non nella norma, che manca, ma nel potere, nel magistrato, che esprime l'obbiettiva coscienza sociale, con mezzi diversi da quelli che son propri di ordinamenti più complessi e più evoluti.

Del resto, per chi ammette, com'è opinione che va diffondendosi, che il diritto obbiettivo non consta soltanto di norme che abbiano il requisito della generalità, ma anche di precetti individuali e concreti, deve altresì ammettere o che anche questi si debbano considerare come norme, o che il diritto risulti, oltre che di norme, di altri elementi. Ora, a noi sembra non dubbio che la norma in tanto è tale in quanto è generale ed astratta, e appaiono vani e speciosi i tentativi di allargarne il concetto sino a farvi rientrare i provvedimenti o, meglio, certi provvedimenti speciali. La famosa questione di diritto costituzionale se la legge c. d. materiale debba essere generale, è di solito posta inesattamente, appunto per questo. Si pone il postulato, secondo noi erraneo, che la legge in senso proprio o sostanziale non contiene che norme giuridiche, e poi si dà di cozzo nel dilemma insolubile, se si debba negare il carattere di legge a certi provvedimenti, che evidentemente costituiscono diritto in senso obbiettivo, o si debba intendere per norma ciò che, non meno evidentemente, non è tale ^{16 bis}.

Tutto sommato, si torna sempre al medesimo punto

^{16 bis} [Per una più precisa e in parte diversa formulazione di questi concetti, v. adesso i miei *Principii di dir. costituz. generale* cit., capp. VII § 2 nn. 2 e 3; XI § 5 n. 1; XXII § 1 n. 10].

di partenza. La c. d. obbiettività dell'ordinamento giuridico non può circoscriversi e limitarsi alle norme giuridiche. Si riferisce e si riflette anche su di esse, ma parte sempre da un momento anteriore, logicamente e materialmente, alle norme, e, talvolta, anzi spesso, arriva a dei momenti che non si possono identificare e confondere con quelli della posizione delle norme stesse. Il che equivale a dire che queste sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo.

§ 8. A considerazioni analoghe dà luogo l'altro elemento c. d. formale del diritto, cioè la sua sanzione, che per alcuni è il solo elemento formale caratteristico¹⁷. Qui non è il caso di accennare alle molte questioni su ciò che per sanzione debba intendersi e, per conseguenza, di esaminare se sia opportuno sostituire a tale parola qualche altra che renda meglio il concetto: se sia possibile parlare di un'obbligatorietà irrefragabile del diritto; se si tratta di una coazione o, come qualcuno preferisce dire, coattività; se invece basti, come noi crediamo, una semplice garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile, e quindi incerta, purché sia, in certo senso, preordinata e organizzata nello stesso edificio dell'ordinamento giuridico. Quel che preme rilevare è che, quando si dice che il diritto è norma fornita di sanzione, comunque intesa, ciò, sebbene sembri che generalmente si creda il contrario, non può significare che il diritto sia una norma più un'altra norma che minacci la sanzione. Se così fosse, se ne dovrebbe necessariamente dedurre che quest'ultima

¹⁷ V. specialmente JHERING, *Das Zweck im Recht*, Leipzig 1893, I⁸, p. 435 segg.

non sia un elemento necessario ed essenziale del diritto. A questa conclusione infatti si è dovuto pervenire da chi ha ricavato tutte le conseguenze logiche di quella premessa. In sostanza si è ragionato così. Secondo l'opinione dominante, un precetto sarebbe giuridico solo quando ad esso se ne aggiunge un altro che, concedendo un diritto di coazione, protegga il diritto creato dal primo: formalmente questi diversi precetti possono trovarsi uniti, ma sostanzialmente sono da tenersi distinti, essi danno luogo a due diritti, in senso subbiettivo, dei quali uno è primario o principale, l'altro secondario o accessorio, e perciò non derivano dalla medesima norma ¹⁸. Intanto, perché il secondo precetto si possa dire giuridico, si dovrebbe accompagnare con un terzo, e il terzo con un quarto, e così via; si deve così necessariamente giungere ad un momento in cui questo precetto complementare manca e si ha perciò una norma giuridica senza sanzione ¹⁹. In verità, questo ragionamento, in se stesso giusto, che è stato fatto per negare che la sanzione sia elemento necessario del diritto, dimostra soltanto, secondo noi, che è infondata la sua premessa e per questo può essere benissimo utilizzato. La sanzione infatti noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può invece essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbiettivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale diritto

¹⁸ Su questo punto v., in senso conforme, ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902, p. 61 in nota, e gli autori ivi citati.

¹⁹ TRIEPEL, *Völkerrecht u. Landesrecht*, Leipzig 1899, p. 103 segg.

derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale. Il che val quanto dire che, quando si afferma che elemento del diritto sia la sanzione, si afferma, pur non volendo, che il diritto non consta soltanto di norme giuridiche, e che queste sono collegate, anzi sospese, ad altri elementi da cui deriva ogni loro forza. Così la sanzione, cioè questi altri elementi, ben lungi dall'essere qualche cosa di complementare, di accessorio alle norme, costituiscono un momento che le precede, la base su cui si fondano, la loro radice, ed è necessario, nel definire il diritto, prenderli in considerazione prima delle norme stesse ^{19 bis}. Avendo riguardo soltanto a quest'ultime, si deve finire col negare, come si è rilevato, che la sanzione sia un elemento del diritto: e non giova fermarsi, come talvolta è accaduto, a mezza via, cioè ammettere tale elemento, attribuendogli però un carattere extragiuridico. Infatti, poiché sarebbe illogico cercare un elemento essenziale del diritto fuori del diritto, tale opinione ²⁰ si risolve necessariamente nell'altra che esclude dai caratteri del diritto la sanzione. Essa è, ad ogni modo, significativa in quanto avverte che, concependo il diritto come norma, secondo l'opinione comune, da esso resta preclusa la sanzione, mentre un qualche posto le si dovrebbe pur fare (v. appresso § 22).

§ 9. Qualche difficoltà a consentire nella tesi, che finora abbiamo delineata come critica alle teorie dominanti e che adesso converrà dimostrare con argomenti

^{19 bis} [Fra coloro che adesso aderiscono a questi concetti, v. per ultimo AGO, *Lezioni di dir. internazionale*, Milano 1943, p. 24 segg.].

²⁰ Su di essa (MARINONI, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Roma 1914, p. 35 segg.) torneremo più avanti: § 22.

più positivi, si potrebbe desumere dal significato eccessivamente letterale che di solito si dà all'espressione « ordinamento giuridico ». Essa infatti richiama alla mente l'idea di regola e di norma, in modo che può non riuscire agevole immaginare un ordinamento che non si riduca tutto a quell'idea. La difficoltà non è però, come si vede, sostanziale, ma ha un'origine estrinseca e, quasi esclusivamente, verbale: come sopra si è notato, è una di quelle difficoltà, generate dall'indeterminatezza e dalla povertà del linguaggio, che sono cause di inesattezze nelle definizioni dei concetti molto astratti. Per eliminarla, basterebbe sostituire alla parola « ordinamento » qualche altra, che non richiamasse, così insistentemente e per così inveterato abito mentale, l'idea di norma, pur senza escluderla: il che sarebbe, per altro verso, non meno inesatto.

§ 10. Il concetto del diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali.

a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*)²¹ e inoltre non c'è società,

²¹ Sull'opinione del CROCE, *Filosofia della pratica*², p. 323 [5ª ed., p. 307 segg.], v. quanto si è detto a p. 16. Anche il ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, Milano 1841, p. 146-7, aveva escluso « dalla nozione del diritto in genere non pure il concetto di società, ma ben anco quello di una *reale* coesistenza », ma ciò nel senso che riteneva sufficiente una « coesistenza possibile », in modo che l'individuo si potesse sempre « considerare in una relazione ipotetica con altri suoi simili possibili ». [Del resto, la concezione che il diritto non sia essenzialmente legato ad una qualche forma di società riappare, come è noto, continuamente, anche nella letteratura più recente, ma è concezione che, comunque si voglia giudicarla dal punto di vista filosofico, implica una

nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). Senonché quest'ultima proposizione presuppone un concetto di società, che è assolutamente necessario porre in rilievo. Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di diritto²², ma un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita: tanto per addurre un altro esempio, una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria. Su questo punto sarà necessario insistere in seguito.

b) Il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata. Tale principio, del resto, è soltanto un aspetto del precedente, anzi deve intendersi nei limiti in cui si può dedurre da quest'ultimo come corollario: ogni manifestazione sociale, per fatto solo che è sociale, è ordinata almeno nei riguardi dei consoci²³.

nozione del diritto che non è quella del diritto positivo da cui deve partire il giurista].

²² Che anche nei rapporti come l'amicizia non manchi l'elemento dell'autorità derivante dalla stima, dal riconoscimento intimo, ecc. (GENTILE, op. cit., p. 47 segg.), naturalmente non impedisce di distinguere questa società in senso largo dalle altre in senso stretto, in cui si produce il fenomeno giuridico.

²³ Come si vede, non facciamo affatto la questione che si suol fare in filosofia, dei rapporti generali fra il diritto e la forza e nemmeno ci occupiamo di quel particolare aspetto del problema, che poi è subordinato a quello più ampio dell'eticità del diritto, che concerne

c) L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante. Anche questo è un corollario di quanto si è sopra osservato per precisare e delimitare il tipo di società in cui il fenomeno giuridico si produce.

Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta.

Cosicch  l'espressione « diritto » in senso obbiettivo, secondo noi, pu  ricorrere in un doppio significato. Pu , cio , designare anzitutto:

a) un ordinamento nella sua completezza ed unit , cio  un'istituzione; in secondo luogo:

b) un precetto o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati, che, per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo cos  in evidenza la connessione che essi hanno con l'ordinamento intero, ossia con l'istituzione di cui sono elementi, connessione

i rapporti fra il c. d. diritto giusto e il diritto non giusto, ma tuttavia coattivamente imposto.

che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico.

Su quest'ultimo punto dovremo ritornare in un altro di questi nostri studi. Per ora, ci interessa sviluppare soltanto il primo dei due aspetti del diritto, mettendo in evidenza così i contatti come le divergenze che la nostra concezione del diritto presenta rispetto a quelle comuni. E, anzitutto, occorre precisare maggiormente il significato in cui adoperiamo la parola istituzione, che si presta ad essere variamente intesa.

§ 11. È infatti da notare che, mentre nel linguaggio, non diremo volgare, ma extragiuridico, si parla comunemente di istituzioni, in un senso molto ampio, che si avvicina a quello in cui noi l'adoperiamo, e sono comunissime le espressioni « istituzioni politiche », « istituzioni religiose », e simili, nella terminologia tecnica del diritto, invece, si è partiti da un concetto molto limitato di istituzione, e solo di recente esso si è a poco a poco allargato e messo in valore, senza tuttavia utilizzarlo completamente.

Per i giuristi, l'istituzione non è stata altro, sino a qualche anno addietro, che una specie del genere persone giuridiche, che ha servito, almeno più comunemente, da certo tempo in qua, a designare quelle fra esse che si contrappongono alle corporazioni. Il concetto relativo è quindi ricorso solo nella dottrina dei soggetti morali del diritto, e poiché è noto che tale dottrina si è prima e più ampiamente sviluppata nel campo del diritto privato, l'idea di istituzione è rimasta infruttuosa, o quasi, proprio in quel terreno in cui è evidentemente maggiore la sua utilità, cioè in quello del diritto pubblico: il che è stato appena temperato dall'antica tendenza di considerare gli enti morali come enti di pubblico interesse. Co-

munque, resta sempre vero che l'istituzione si è sempre concepita né più né meno che come persona giuridica. Occorre appena avvertire che non è in questo senso e in questa sfera così circoscritta, che noi adesso ne assumiamo il concetto.

Negli ultimi tempi però si è iniziata, così nella letteratura tedesca come in quella francese, una tendenza ad ampliare tale concetto, trasportandolo fuori della sfera in cui si è svolto: nella dottrina germanica, di strarforo, occasionalmente e per lo più a proposito delle persone giuridiche; in quella francese, con sviluppi più autonomi, e con riferimenti a molti argomenti del diritto pubblico, nonché a qualcuno del diritto privato, ma con un'impostatura non sempre rigorosa e precisa.

In questo senso, è anzitutto da ricordarsi la teoria ²⁴, che ravvisa il sostrato delle persone giuridiche in un'organizzazione e quindi pone il concetto di quest'ultima come un antecedente a quello di persona giuridica. L'organizzazione o istituzione (*Einrichtung*) non sarebbe un ente naturale, dotato di vita propria, ma un ente che servirebbe al raggiungimento di determinati scopi sociali che verrebbe pensato o considerato come subbietto di diritto. Ma che cosa poi più precisamente sarebbe quest'organizzazione, questa nuova grandezza sociale, rimane nell'ombra; anzi si afferma che, trattandosi di un concetto elementare, esso è insuscettibile di un'analisi ulteriore ²⁵. Ad ogni modo, è da ripetere che nella dottrina

²⁴ V. su di essa FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli 1915, p. 315 segg., [e più recentemente l'altra sua opera *Le persone giuridiche*, nel *Trattato di dir. civile it.* diretto dal Vassalli, Torino 1938, p. 27 segg.].

²⁵ BEHREND, *Die Stiftungen*, Marburg 1905 I, p. 312 segg. Può essere importante notare che questo autore limita la figura della persona giuridica solo al campo del diritto privato, e quindi nelle

germanica tale concetto si è messo a profitto per chiarire quello di persona giuridica. La sua importanza è quindi, per la nostra tesi, soltanto indiretta e si riassume nell'affermazione che nel mondo del diritto esistono delle entità (che a noi non importa se e come si concepiscano dotate di personalità), le quali non sono dei veri e propri organismi naturali, come affermava la c. d. teoria organica, ma sono delle semplici istituzioni, cioè organizzazioni o di più persone (corporazioni) o di altri elementi (fondazioni) ²⁶.

Nel campo poi del diritto amministrativo tedesco, è stata profilata la figura del pubblico istituto (*Anstalt*), che sarebbe, non una persona giuridica, ma un insieme, un'unità di mezzi, materiali o personali, che, nelle mani di un soggetto dell'amministrazione pubblica, son destinati a servire d'una maniera permanente a un determinato interesse pubblico: l'esercito, una scuola, un osservatorio, un'accademia, le poste ecc. ²⁷.

In Francia, l'Hauriou ha, in parecchi suoi scritti e con successive modificazioni ²⁸, delineato un concetto più am-

istituzioni di cui egli parla non si comprendono quelle pubbliche, che per noi sono invece le più tipiche.

²⁶ Per questo contrapposto fra organismo e organizzazione, v. ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* ⁶, I, Marburg 1911, § 96 (p. 231 segg. della 1^a parte) [13^a ed., 1931, p. 288].

²⁷ V., principalmente, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, § 51; FLEINER, *Institutionen des D. Verwaltungsrechts* ³, Tübingen 1913, § 18, [8^a ed., 1928, § 19].

²⁸ L'ultima formulazione, che l'A. ha dato alla sua dottrina e alla quale quindi ci atteniamo, è quella contenuta nei suoi *Principes de droit public* ², Paris 1916, p. 41 segg. [Posteriormente, l'HAURIUO è tornato sull'argomento in vari scritti: nelle successive edizioni dei suoi *Principes de droit public*; nella *Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris 1925, e nel *Précis de droit constitutionnel* ², Paris 1929. Sulla dottrina dell'Hauriou, v., fra gli altri, LEONTOVITSCH, *Die Theorie der Institution bei M. Hauriou*, in *Archiv f. Rechts u.*

pio dell'istituzione, affermando che essa costituisce, per tutti i rami del diritto pubblico, una categoria generale idonea a spiegare non pochi principii e quindi feconda di notevoli applicazioni.

Secondo questo scrittore, l'istituzione è un'organizzazione sociale, cioè « tout arrangement permanent par lequel, à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposants d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressants le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe ». Si dovrebbero invero distinguere due specie d'istituzioni: quelle che appartengono alla categoria delle cose inerti (per esempio un fondo, che è considerato a sé nel catasto, una via vicinale, ecc.) e quelle che invece formano dei corpi sociali, cioè le istituzioni corporative. Così le prime come le seconde sono delle individualità sociali, ma nel sistema giuridico sono da prendersi in considerazione come figura a sé stante soltanto le istituzioni corporative, poiché ad esse, a differenza delle altre, compete un'autonomia. Ciò implica che ogni istituzione di questo genere è una vera realtà sociale, un ente chiuso, distinto dagli individui che ne fanno parte, che ha una propria personalità o, almeno, è candidato alla personificazione. Esso quindi si può considerare sotto due aspetti: dal punto di vista della sua vita di relazione, e allora viene in rilievo la sua individualità subbiettiva, la sua qualità di persona giuridica; e dal punto di vista della sua vita interiore, e allora assume la figura di un'individualità obbiettiva. Quest'ultimo suo aspetto, che si traduce nella

Sozialphilosophie, XXIX-XXX, e *La teoria della istituzione di Hau-
rion e il suo significato per il dir. costituzionale*, in *Bollettino del-
l'Istituto di filosofia del dir. della R. Univ. di Roma*, II (1941),
p. 85 segg.].

sua autonomia, importa che l'istituzione corporativa è fonte originaria di diritto, in quanto che genera spontaneamente le tre forme del diritto: quello disciplinare, quello consuetudinario e quello statuario o legale.

Questo è il nucleo fondamentale della dottrina dell'Hauriou, di cui qui non possiamo accennare gli ulteriori sviluppi, se non in quanto sarà necessario per giustificare alcune brevi osservazioni critiche, sulle quali per ora ci interessa di fermarci.

Il merito principale del giurista francese è, secondo noi, quello di aver posto avanti l'idea di sussumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non si avevano che tracce, anch'esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica²⁹. Ed è stato, senza dubbio, opportuno l'aver liberato il concetto medesimo da quello della personalità giuridica, che può ad esso sovrapporsi, quando si verificano determinate condizioni, ma che può anche mancare. Siffatta distinzione era, forse, più limpida nelle precedenti formulazioni che l'Hauriou aveva dato alla sua teoria, ma anche adesso resta sempre notevole lo sviluppo che egli ha dato al rilievo dell'istituzione considerata come individualità obbiettiva.

Senonché sembra che la figura dell'istituzione sia an-

²⁹ Quest'affermazione vale per la dottrina moderna, alla quale ci siamo limitati, non per la dottrina più antica che, in ordine a questo punto, come a tanti altri, ha degli sviluppi che a torto oggi si trascurano. Si può, p. es., ricordare l'analisi dei «systemata» dell'HOBBS, *Leviathan*, cap. 22, e degli «entia moralia» del PUFENDORF, *De iure naturae ac gentium*, I, cap. I: questi enti, a differenza di quelli fisici che hanno origine per *creatio*, sorgerebbero per *impositio* (parola che il traduttore francese, Barbeyrac, rende con *institution*). Tuttavia è da osservare che degli *entia moralia* del Pufendorf possono riaccostarsi alle istituzioni nel senso nostro solo quelli «ad analogiam substantiarum concepta».

zitutto suscettibile di essere delineata con maggiore ampiezza e nello stesso tempo con maggiore precisione, e, in secondo luogo, che la sua essenza, la sua nota fondamentale sia da profilarsi diversamente.

Il nostro pensiero risulta più completamente esposto nei paragrafi che seguono, ma fin da ora vogliamo rilevare che a noi pare ingiustificato il criterio in base al quale l'Hauriou ha limitato il concetto di istituzione solo ad una specie di organizzazioni sociali, che avrebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e di perfezione. Oltre le istituzioni, che egli qualifica per corporative, ce ne sono altre che possono, allo stesso titolo, esser ricevute nel sistema del diritto, che, cioè, hanno un'esistenza propria, indipendente da quella di individui determinati, e che sono dotate di una più o meno ampia autonomia. Tanto meno, condividiamo l'opinione, per cui le istituzioni sarebbero solo gli enti organizzati a forma costituzionale e rappresentativa; ai cui membri è garantita una libertà che non sappiamo in che senso possa qualificarsi come libertà.... politica, quando si tratta, per esempio, degli azionisti d'una società commerciale; che hanno attuato un decentramento e una separazione di poteri; che s'ispirano al principio della pubblicità; e che infine hanno uno statuto costituzionale. Evidentemente, l'Hauriou è stato trasportato dall'idea di foggare le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore fra di esse, cioè dello Stato, anzi dello Stato moderno, mentre si trattava di delineare una figura generalissima, i cui caratteri contingenti possono variare, e variano in realtà all'infinito.

Inoltre — e ciò si riattacca alla nostra veduta, che abbiamo già accennato e che converrà dimostrare più positivamente — noi non crediamo che l'istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istitu-

zione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità. Ma a questo risultato non si poteva pervenire, se non superando la dottrina tradizionale che concepisce il diritto solo come norma o complesso di norme.

Invece, l'Hauriou afferma che l'istituzione si « avvicina » ad un insieme di cose, anzi essa « n'est qu'une sorte de chose; à la vérité c'est une chose active et une sorte de mécanique ». Prescindendo dal notare che in tali espressioni si rileva manifestamente una incertezza di pensiero e quasi un dubbio, è da osservare che a siffatta concezione forse si è pervenuto per via di esclusione, piuttosto che per argomenti diretti. Si era negato, giustamente, che l'istituzione fosse una persona giuridica, perché anche quando essa è dotata di personalità, non rappresenta che il sostrato di quest'ultima e quindi un suo antecedente; non si era mai pensato ad identificarla con lo stesso ordinamento giuridico; e quindi si presentava spontanea, per non dire necessaria, l'idea di catalogarla fra le cose. Ora, per quanto la denominazione di *res publica*, con cui si designava dai Romani lo Stato, cioè l'istituzione più importante, possa dare un certo appiglio a tale veduta, è evidente che, se la parola « cosa » è usata nel suo preciso significato giuridico, non rende certo con esattezza il concetto di istituzione, anzi l'annulla come categoria a sé; se è usata in altro senso più largo, allora non spiega il concetto medesimo, perché resta da fissare quale dev'essere questo senso. Il vero si è che l'Hauriou ha voluto mettere in evidenza il carattere obbiettivo dell'istituzione, ma questo suo carattere non importa che essa si debba considerare come obbietto, come *res*: l'istituzione è invece un ordinamento giuridico obbiettivo ^{29 bis}.

^{29 bis} [Posteriormente nella dottrina francese sono stati elabo-

§ 12. Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento.

1) L'ente di cui parliamo deve avere un'esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile: appunto per rendere meglio questo suo carattere, l'abbiamo anche detto un « corpo » sociale ^{29 ter}. Ciò implica che adope-

rati altri concetti di istituzione, diversi così da quello dell'Hauriou come dal mio, e, comunque, da punti di vista che trascendono gli scopi dell'indagine giuridica. Ciò è a dirsi specialmente del RENARD, *Théorie de l'institution*, Paris 1930; del DELOS, *La théorie de l'institution*, in *Archives de philosophie du droit*, 1931; del GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris 1932, e *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935. Su questi Autori, v., fra gli altri, BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale*, in *Rivista internazionale di filosofia del dir.*, 1936. V. anche DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Paris 1935].

^{29 ter} [Quando ci sia un'istituzione che abbia i caratteri indicati nel testo, non è sempre facile accertare. Ci sono dei casi limiti: così quando si hanno delle organizzazioni molto rudimentali, come, ad esempio, quelle costituite da una unione di persone in fila per raggiungere uno sportello o per entrare in un locale, oppure quelle organizzazioni meno embrionali, ma tuttavia « allo stato diffuso », che uniscono idealmente con l'osservanza di usi o altre regole comuni i cultori di giochi e di *sports*, i c. d. gentiluomini che praticano le norme della cavalleria, coloro che seguono certi usi mondani, ecc. Su queste « istituzioni », v. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1929, p. 25 segg. dell'estr., e *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1928, (v. ivi citati altri autori: Perrau, Huguet, ecc.); CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. di dir. processuale*, 1929, I, p. 145 segg. e in *Studi sul processo civile*, III, Padova 1934, p. 1 segg. Comunque, per quanto si vogliano adottare dei criteri molto larghi nel ravvisare i caratteri dell'istituzione in certe forme molto semplici e poco sviluppate di società, non crediamo che possa giungersi sino a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli « stati di convivenza umana », come crede invece l'ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Rivista di dir. pubblico*, 1926, e in

riamo la parola istituzione nel suo significato proprio, non nell'altro abbastanza frequente, che è soltanto figurato. Così, quando, nel linguaggio comune, si parla, per esempio, dell'istituzione della stampa, o, nel linguaggio tecnico giuridico, dell'istituzione o, più spesso, dell'istituto della donazione, della compra-vendita, ecc., non si vuole accennare ad una effettiva unità sociale, ma, nel primo caso, alla manifestazione identica di certe forze che in realtà sono disunite e spesso divergenti, e, nel secondo caso, i vari rapporti o norme singole, che, in vista della comune figura dei caratteri tipici che presentano, vengono raggruppati assieme solo concettualmente³⁰.

Diritto pubblico generale, Scritti vari, Milano 1940, p. 223 segg. col titolo *Stato e diritto (Ordinamento giuridico, regola di diritto, istituzione)*].

³⁰ Talvolta però dell'istituto giuridico si è dato un concetto, che sarebbe contrastante col suo carattere di pura e semplice astrazione, se non si potesse anche supporre che le espressioni con cui se ne è parlato non abbiano voluto essere che immagini plastiche del concetto medesimo. V., p. es., le osservazioni di JHERING, nel programma con cui iniziava la pubblicazione dei suoi *Jahrbücher f. die Dogmatik* ecc. (I, p. 10), che, mentre appaiono eccessive per l'istituto giuridico, si potrebbero invece ben riferire alla nostra istituzione: «Die Gesamtmass des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als Inbegriff von juristischen Existenzen, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern. Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichste ist....». Si direbbe che l'Ihering abbia intuito quelle note essenziali del diritto, che abbiamo tentato di mettere in luce, sebbene le abbia cercate là dove non si potevano rinvenire.

[Altri, invece, non distinguono o confondono i due concetti di istituto giuridico e di istituzione nel senso di corpo sociale: così alcuni degli scrittori francesi citati nella nota 29 *bis*. Il CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, Bari 1917, p. 133 [5^a ed., 1945, p. 133], parla di «istituti», intendendo questa parola «in senso latissimo, ossia comprendendovi tutti gli atteggiamenti pratici degli individui e delle società umane, dai più intimi sentimenti ai più appariscenti modi di vita», il che naturalmente non interessa il giurista, e poi parla di «isti-

2) Diciamo inoltre che l'istituzione è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo. Ma ciò non vuol dire che sostrato dell'istituzione debbano essere sempre e necessariamente degli uomini fra di loro collegati. Questa colleganza dà luogo ad una forma particolare di istituzioni: alcune di esse risultano infatti, fra gli altri loro elementi, da più individui, che possono coesistere o anche succedersi l'uno all'altro, uniti dai loro interessi comuni o continui, oppure da uno scopo, da una missione che venga da loro proseguita. Ma ci sono istituzioni che hanno un diverso sostrato, che, cioè, constano di un insieme di mezzi, materiali o immateriali, personali o reali, patrimoniali o di natura ideale, che sono destinati a servire permanentemente ad un fine determinato, a vantaggio non di persone che appartengono alle istituzioni medesime, ma di persone estranee, che sono soltanto i destinatari, non i membri di quest'ultime. Nel qual caso, le istituzioni, come tutte le altre, giovano a degli uomini, sono amministrate e rette da uomini, ma non sono viceversa composte di uomini. Del resto, per questi concetti, possiamo rimetterci, in linea generale e senza entrare in quei particolari controversi che sono, pel nostro punto di vista, indifferenti, allo svolgimento che essi hanno avuto a proposito della teoria delle persone giuridiche. La distinzione che in questa si è fatta tra corporazioni e fondazioni o istituzioni in senso stretto, nonché le sottodi-

tuzioni in senso stretto....: la famiglia, lo stato, il commercio, l'industria, la milizia, e via dicendo », attribuendo alla parola « istituzione » un significato molto più largo che non quello di ente o corpo sociale, che, fra gli esempi da lui addotti, va riferito solo alla famiglia e allo Stato. L'ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Milano 1941, pp. 103, 143, pur mantenendosi nell'ambito del diritto, confonde evidentemente i due concetti, il che gli impedisce di valutare esattamente la mia teoria].

stinzioni di tali due categorie fondamentali, possono valere per le istituzioni anche prive della personalità. Quest'ultima è una qualità che presuppone una certa struttura dell'ente, ma non quella cui si accenna quando si mettono in rilievo le suddette due categorie, le quali alle persone giuridiche possono riferirsi solo in quanto queste sono una specie di un genere più ampio, cioè quello delle istituzioni.

3) L'istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità. Il che non significa che essa non può trovarsi in correlazione con altri enti, con altre istituzioni, in modo che, d'altro punto di vista, faccia parte più o meno integrante di esse. Così, accanto alle istituzioni semplici, sono frequentissime le istituzioni che possono dirsi complesse, e che sono istituzioni di istituzioni. Per esempio, lo Stato, che di per sé è una istituzione, è compreso in quella istituzione più ampia, che è la comunità internazionale, e in esso poi si distinguono altre istituzioni. Tali sono gli enti pubblici subordinati allo Stato, i comuni, le provincie, i vari suoi organi intesi come uffici; nello Stato moderno i così detti poteri legislativo, giudiziario, amministrativo, in quanto sono unità formate ciascuna di uffici fra di loro collegati; gli istituti, la cui figura si è delineata specie nel diritto amministrativo, come le scuole, le accademie, gli stabilimenti di ogni genere; e così via. L'autonomia di ogni istituzione non deve essere assoluta, ma può essere soltanto relativa, la sua concezione risulta solo da determinati punti di vista, che possono variare. Ci sono istituzioni che s'affermano perfette, che bastano, almeno fondamentalmente, a se medesime, che hanno pienezza di mezzi per conseguire scopi che sono loro esclusivi. Ce ne sono altre imperfette o meno perfette, che si appoggiano a istituzioni diverse,

e ciò in vario senso. Può darsi infatti che a quest'ultime esse siano soltanto coordinate; talvolta invece si hanno enti maggiori in cui le prime si comprendono e a cui sono subordinate. E siffatta subordinazione può assumere diversa figura, a seconda che si hanno istituzioni che fanno parte più o meno integrante della struttura di quella più ampia, come avviene per i singoli uffici o istituti dello Stato, oppure da quest'ultima sono soltanto protette o garantite, come avviene per gli enti così detti privati. Infine ci sono istituzioni che si affermano in una posizione antitetica con altre, che possono alla lor volta considerarle anche illecite, come sarebbero gli enti che si propongono uno scopo contrario alle leggi statuali, o le chiese scismatiche di fronte a quelle da cui si sono separate. Su questi vari aspetti, che le istituzioni possono presentare, dovremo tornare in seguito più ampiamente: per ora basterà averli sinteticamente accennati, anche per mettere in rilievo l'ampiezza del concetto di istituzione che noi abbiamo formulato.

4) L'istituzione è un'unità ferma e permanente,⁷ che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme, e così via. Essa può rinnovarsi, conservandosi la medesima e mantenendo la propria individualità: da ciò deriva la possibilità di considerarla come un corpo a sé stante, di non identificarla con ciò che può essere necessario a darle vita, ma che, dandole vita, si amalgama in essa ^{30 bis}.

^{30 bis} [Più volte, al mio concetto di istituzione è stato fatto l'appunto di indeterminatezza: così, fra gli altri, dall'ORLANDO, *Stato e diritto*, loc. cit., p. 250, e, per ultimo, da V. GUELI, *Regime po-*

§ 13. Così dell'istituzione noi abbiamo rilevato le note essenziali, quelle, cioè, che ci permettono di indagare la sua essenza, sorvolando su altre che accenneremo in seguito. In che cosa consiste quest'essenza?

C'è una parola, che finora abbiamo di proposito evitata, che potrebbe sembrare necessaria e sufficiente per chiarire la natura dell'istituzione, ed è la parola « organizzazione ». Infatti, non è dubbio che l'istituzione sia un'organizzazione sociale, e abbiamo visto che così si son cercate di definire quelle, fra le istituzioni, che costituiscono delle persone giuridiche, dichiarando che non è possibile analizzare ulteriormente questo concetto semplice ed elementare. Sennonché, a parte la diffidenza, invero giustificata, che suscita un vocabolo di cui si è fatto così grande abuso e che spesso è adoperato per stendere un velo su ciò che non si sa spiegare o chiarire, è da osservare (e questo è per noi essenziale) che il concetto di organizzazione non può servire pel giurista finché non si riduca a concetto giuridico. E per far ciò, non basta certamente parafrasarlo o accennarvi con altre parole di significato identico o affine. Finché si parla di « corpus mysticum », di struttura o edificio o sistema sociale, o anche di meccanismo per differenziare l'organizzazione

litico e ordinamento del Governo, Milano 1942, p. 12 segg., nota 7. Non riusciamo a renderci ragione di questo appunto, da parecchi ripetuto meccanicamente. Per definire l'istituzione sarebbe bastato dire che essa è un ente o corpo sociale, omettendo tutte le altre precisazioni che ho aggiunte, giacché ogni giurista non può non avere il concetto di ente o corpo sociale, che è un concetto fondamentale e, nello stesso tempo, elementare, senza il quale non se ne possono intendere altri che lo presuppongono, come, ad esempio, quelli di famiglia, di « ente di fatto », di persona giuridica, almeno nelle figure che le persone giuridiche presentano di solito nel diritto moderno. E quando certi concetti elementari si vogliono precisare troppo, non si riesce che ad intorbidarli].

dall'organismo naturale, si usa una terminologia che può essere anche esatta, che può servire per rendere immaginosa e plastica l'idea, ma che non è giuridica, e quindi, se può aiutare il giurista, non lo libera dall'obbligo di sostituirla con un'altra che abbia nel medesimo tempo la forma e la sostanza necessarie per assumere quel concetto nel mondo che è il suo e che non è, viceversa, quello della sociologia ^{30 ter}.

La soluzione che a noi sembra debba darsi a tale problema è quella già accennata: l'istituzione è un or-

^{30 ter} [Queste osservazioni e le altre che seguono non sono state tenute abbastanza presenti o sono state addirittura fraintese da coloro (v., fra gli altri, BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato: contributo alla teoria della definizione*, in *Riv. di dir. pubblico*, XII, p. 97 segg.; BOBBIO, op. e loc. cit., p. 35-6 dell'estr., in nota; CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1939, p. 6 segg. dell'estr.; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internaz.*, Milano 1943, p. 72; ecc.) i quali hanno ritenuto che la mia indagine sia non giuridica, ma soltanto pregiuridica, che essa sia sociologica, che non ponga in rilievo la differenza tra il fatto dell'ordinamento sociale e l'ordinamento giuridico cui esso dà luogo, e così via. Da talune di queste critiche mi ha difeso brillantemente l'ORLANDO, *Ancora del metodo in dir. pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1940, I, p. 17 segg., concludendo che «le rilevate critiche si risolvono nel più alto elogio poiché confermano quel che ho detto costituire un incomparabile pregio della trattazione del Romano, cioè di essere un tipo perfetto di un metodo di indagine pertinente al diritto pubblico generale». Per mio conto aggiungo che io ho precisamente mirato a includere nel mondo giuridico quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto, cercando di dimostrare che precisamente da tale errore derivano i difetti e le incongruenze delle comuni definizioni del diritto, specialmente in quanto tali definizioni sono costrette, quale più quale meno, ma tutte indistintamente, a ricorrere ad elementi o concetti non giuridici. Le accennate critiche alla mia concezione del diritto sono proprio quelle che si dovrebbero invece rivolgere alle altre concezioni, e, qualunque sia il giudizio in merito che su di essa si potrà dare, si dovrebbe almeno riconoscere che io ho tentato di dare del diritto una definizione giu-

dinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obbiettivo. I caratteri essenziali del diritto, che sopra abbiamo rilevati (§ 10), coincidono con quelli dell'istituzione. Che questa sia un ordinamento non è dubbio: le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc., con cui la si qualifica, tendono per l'appunto a mettere in vista questo concetto, né diverso è il significato etimologico della parola « Stato », con cui si designa adesso la più importante delle istituzioni e prima si designavano anche altri enti pubblici, specialmente i Comuni. Che poi tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall'osservazione che scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale ³¹. Il diritto non consacra soltanto

ridica. Risultato questo al quale non si poteva giungere se non risolvendo il fenomeno giuridico nel fenomeno sociale-istituzionale e questo nel fenomeno giuridico, cioè identificando l'uno con l'altro, il che non è un circolo vizioso, una tautologia o una petizione di principio, ma la dimostrazione della perfetta autonomia del concetto del diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in se stesso. Esattamente, l'ORLANDO (nell'altro suo scritto *Stato e diritto*, nel volume *Dir. pubbl. generale*, cit., p. 249), aveva osservato che, per la mia concezione, non si potrà dire « che sia l'ordinamento che generi l'istituzione, o il diritto che generi l'ordinamento. Ognuno di questi concetti diventa in certo senso il genitore e il generato, rispettivamente all'altro ». Anche il MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.* ⁶, Padova 1943, I, n. 10, che pure accentua nel concetto di diritto l'aspetto normativo, rileva che istituzione e norma nascono *uno actu* e sono in rapporto di « mutua implicazione »: l'istituzione è tale in quanto pone norme e la norma trae dall'istituzione la sua forza. Proprio così: è questo il teorema o la serie di teoremi che mi son proposto di dimostrare e questo intendimento è il filo conduttore di tutto il lavoro].

³¹ V. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica* ⁷, Napoli 1917, § 13. Fra coloro che più hanno contribuito a mettere in evidenza questo carattere del diritto, è da annoverarsi il GIERKE, che si può dire ha consacrato alla dimostrazione di questa tesi tutte le sue opere. E può avere anche qualche rilievo la distinzione, che viene talora

il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare certi fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli. Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività, ma la sua stessa posizione, ora sopraordinata ora subordinata a quella di altri, cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti. Ciò significa che l'istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un'istituzione, e l'istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto.

§ 14. Una riprova di questa verità si ottiene osservando che nell'istituzione si manifestano certamente e si fanno valere forze d'altro genere, che non il diritto, ma queste sono e non possono essere che le forze meramente individuali o comunque disorganizzate. Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che se essa, come talvolta accade, si esplica contro un'altra istituzione, ciò può essere un motivo perché le si neghi il carattere giu-

fatta, in un ambito più circoscritto e da punti di vista diversi, fra leggi normative e costruttive (DUGUIT, op. cit., p. 551 segg.; *Les transformations du droit public*, Paris 1913, p. 77 segg.) [; dello stesso A., v. anche *Traité de droit constitutionnel*³, Paris 1927, I, p. 172 segg.], e fra norme giuridiche di decisione e norme giuridiche di organizzazione (EHRlich, op. e loc. cit., e in altri scritti precedenti).

ridico o la si consideri addirittura come antiggiuridica dall'istituzione, cioè dall'ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordinamento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si considera in sé, in quanto irreggimenta e disciplina i propri elementi. Come si è detto, una società rivoluzionaria o una associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi, così come una setta scismatica è dichiarata antiggiuridica dalla Chiesa, ma ciò non esclude che, in questi casi, non si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati, siano giuridici. Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale.

Salvo a tornare, da altro punto di vista, su tale argomento, per ora basterà rilevare che questa è la verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che « forma » e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale. Non c'è nessun elemento, nessuna forza, nessuna norma sociale che si ponga necessariamente e assolutamente antitetica al diritto, o anche soltanto distinta da esso; l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale. Ciò che non ha da per sé tale carattere può rimanere fuori il diritto, finché non è sistemato in un'istituzione, finché non è plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest'ultima.

È quindi perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della

morale, del costume, delle c. d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione. Quando è stata detta la frase, che ha fatto fortuna, che il diritto rappresenta il *minimum* etico³², si è detto in parte il vero, ma anche una grande inesattezza. Il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica ecc. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è detto che sia un *minimum*. Per gli Stati moderni, in genere, può anche darsi che solo i principii fondamentali ed essenziali dell'etica vengano organizzati e resi quindi giuridici dal suo ordinamento; ma ciò può anche non esser vero per altri Stati che si attribuiscono o si attribuiranno una più vasta e assorbente missione morale, e, tanto meno, per altre istituzioni, il cui fine, magari unico, può essere da essa costituito. Analogamente, possiamo immaginare uno Stato socialista, che in sé accentri e organizzi una grandissima parte delle manifestazioni economiche. Molto significativo è poi, in questo senso, il diritto della Chiesa, pel quale hanno assunto carattere giuridico tanti principii etici e religiosi, nonché dei principii di pura liturgia; anzi è dottrina antica e comune che si debbano comprendere nel sistema del diritto ecclesiastico i precetti relativi agli atti del foro interno, secondo alcuni quando si collegano ad atti esterni, secondo altri, in sé e per sé, anche quando questa colleganza manchi³³, perché nell'istituzione ci sono

³² JELLINEK, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe*², Berlin 1908, p. 45 segg.

³³ V. sulla questione: WERNZ, *Ius decretalium*², I (Romae 1905), n. 98; [*Ius canonicum*³, Romae 1938, pp. 148, 150 segg.];

delle autorità che di tali precetti tutelano l'osservanza. Tutto ciò è certamente poco comprensibile per chi si è formato un concetto del diritto soltanto sul modello del diritto dello Stato; ma è una realtà che si deve spiegare, movendo dai principii che siamo venuti ponendo. Analogamente, è un'inesattezza gravissima affermare, come si fa da tanti, che nelle società primitive il diritto sia confuso col costume e anche con la religione. Non si tratta di confusione o di indifferenziazione di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati; gli è che in quelle società il diritto, che è da considerarsi non meno puro di quello di altre società più progredite, ha per contenuto una ricca serie di principii tratti dal costume e dalla credenza religiosa. Anche adesso il diritto inglese, che nessuno vorrà giudicare poco evoluto, considera come « law », non soltanto gli statuti emanati dal Parlamento, ma ogni regola, qualunque sia la sua origine e il suo contenuto, che i tribunali applicano e fanno osservare.

§ 15. Se il diritto non può concretarsi ed acquistarsi corpo se non nell'istituzione e se, viceversa, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest'ultima, acquista carattere giuridico, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali. Reciprocamente l'istituzione è sempre un regime giuridico. Anche se, in un certo senso, potrebbe non essere inesatto concepirla come il corpo, l'ossatura, la membratura del diritto, ciò non

SEBASTIANELLI, *Praelectiones iuris canonici* ². *De personis* (Romae 1905), n. 50.

toglie che quest'ultimo non sia da essa separabile, né materialmente né concettualmente, così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente. Non sono due fenomeni che stanno in un certo rapporto, che si seguono l'un l'altro; è invece il medesimo fenomeno ^{33 bis}.

Appaiono in tal modo del tutto inconcludenti alcuni problemi che vengono spesso posti. Così quello con cui

^{33 bis} [Questa osservazione non è stata tenuta presente da coloro che hanno obiettato che il mio concetto di istituzione presuppone quello di diritto, il quale sarebbe quindi un *prius* rispetto al primo: così, p. es., DEL VECCHIO, *Moderne concezioni del dir.*, loc. cit., p. 11 dell'estr.; FERRARA, *Trattato di dir. civile*, Roma 1921, p. 3 nota; MICELI, *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1923, p. 27; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, loc. cit., p. 12 dell'estr. in nota; VOLPICELLI, *Santi Romano*, in *Nuovi studi di dir., economia e politica*, II, 1929, p. 13 segg.; CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Sassari 1936, p. 6; *Il problema della scienza del dir.*, Roma 1937, p. 9; *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, loc. cit., 1939, p. 6 segg. dell'estr.; CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giur.*, Roma 1935, p. 9 segg.; BOBBIO, loc. cit., pp. 35-6. Del resto, alcuni di questi Autori (Volpicelli, Capograssi, Crisafulli) affermano l'anteriorità del diritto sull'istituzione solo da un punto di vista filosofico, ma ammettono esplicitamente, che, ponendosi su un terreno storico empirico, come è necessario che si ponga un'indagine di teoria generale del diritto, quale è la nostra, la correlatività o medesimezza del diritto e dell'istituzione deve accettarsi. In vero, se si deve dire che un ordinamento giuridico è una istituzione e una istituzione è un ordinamento giuridico, si può anche dire che una istituzione *ha* un diritto, cioè un ordinamento, se per questo si intendono soltanto i principii e le norme che ne fanno parte o ne emanano, così come si dice che un tutto ha questo o quell'elemento fra gli altri che lo compongono. Analogamente, si può anche dire: «io ho un'anima», se per un momento chi parla si concepisce come un corpo animato, o viceversa si può anche dire: «io ho un corpo», se si concepisce come un'anima che ha preso corpo, ma la verità è che egli è un essere spirituale e corporale nel medesimo tempo. Del tutto infondato è poi il rimprovero, che mi è stato mosso da qualcuno degli scrittori suddetti, che io mi contraddica, avendo affermato, in fine del § 13, che «l'istituzione in tanto esiste e può dirsi tale

si domanda se il diritto sia anteriore allo Stato o viceversa, problema che non è precisamente lo stesso dell'altro se ci sia diritto non prima, ma fuori dello Stato, cioè se vero diritto sia soltanto quello statale. Partendo dal nostro punto di vista, è facile rispondere che, dato uno Stato, non si può non avere nel medesimo tempo un ordinamento giuridico, che rappresenterà per l'appunto il regime statale, come, dato questo regime, non si può non avere lo Stato ³⁴.

Analogamente, ci sembra che non abbia ragion d'essere o che sia, per lo meno, mal posta la questione se lo Stato sia essenzialmente un ente giuridico o etico ³⁵. L'etica può anche essere il fine fondamentale, del resto non certo l'unico, dello Stato — se pure a questo si può assegnare *a priori* un fine che valga per tutti i luoghi e per tutti i tempi — ma il diritto è e non può non essere il suo principio di vita, la sua struttura organica, la sua

in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto». L'affermazione che la gallina nasce dall'uovo non è in contraddizione con l'altra che l'uovo nasce dalla gallina: tutto sta a vedere a che proposito e in che senso si afferma l'una o l'altra cosa, che sono entrambe vere, come è vera anche l'affermazione che uovo e gallina sono due aspetti dello stesso fenomeno. V. anche nota 30 *ter*].

³⁴ È curioso che, per quanto riguarda lo Stato, il concetto che esso e il diritto siano immedesimati e costituiscano la medesima sostanza, o, come talvolta si dice, due aspetti della medesima sostanza, è stato spesso affermato non a proposito e per dedurne conseguenze erronee, mentre il lato giusto che esso contiene non è posto in rilievo. Così, di recente, il Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 245 segg.; *Ueber Staatsunrecht* (nella *Zeitschrift f. das priv. u. öff. Recht*, 1913, pp. 44 segg., 114), rimettendo in corso una vecchia teoria, sostiene che non è concepibile un torto dello Stato, perché questo si può considerare solo come ordinamento giuridico. Evidentemente questa tesi confonde ciò che lo Stato è, con ciò che lo Stato fa: in quanto è, lo Stato non si può mostrare mai contrario al diritto [al suo diritto]; in quanto opera sì.

³⁵ V. per ultimo, su questo argomento, RAVÀ, *Lo Stato come organismo etico*, Roma 1915.

essenza. Il domandarsi se esso sia un ente giuridico o, piuttosto, un ente etico ha presso a poco il medesimo senso che avrebbe il domandarsi se l'uomo sia un essere vivente o, piuttosto, un essere morale. Ogni istituzione può diversamente definirsi se si ha riguardo al suo fine, alla missione che essa si propone: e così si possono avere istituzioni religiose, etiche, economiche, artistiche, educative, ecc., ma tutte, perché istituzioni, sono enti giuridici. L'equivoco dipende dal considerare anche il diritto come uno dei fini dello Stato, che si possa paragonare e mettere in rapporto con gli altri fini. Ciò è invece inesatto: per mezzo del diritto, cioè dell'ordinamento che costituisce lo Stato, questo esiste, e quando esso lo tutela — il che può assorbire una parte notevole dell'attività statuale — altro non fa che tutelare se medesimo, la sua struttura, la sua vita; il che significa che ciò non riguarda la sua missione e il suo scopo qualunque essi siano ³⁶, ma è soltanto il presupposto, la condizione necessaria perché vengano ulteriormente proseguiti i fini statuali.

§ 16. Si dimostra così, per altra via, quel che abbiamo già cercato di dimostrare con argomenti tratti da

³⁶ Peggio ancora, talvolta, l'equivoco, al quale accenniamo nel testo, si complica con un altro: si crede che lo Stato c. d. di polizia, cui, secondo la concezione stilizzata che se ne ha comunemente, si assegna come funzione precipua quella di assicurare e garantire la pace sociale e la tranquilla coesistenza dei suoi membri, sia per l'appunto lo Stato dai compiti puramente giuridici. Sennonché, altro è la tutela del diritto, altro è la tutela della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico, ecc.: la prima non è un fine dello Stato, nel senso vero della parola, un fine che vada al di là della sua conservazione, la seconda sì. Contro questa confusione, molto frequente nei giuristi e nei filosofi, v. i miei *Principii di dir. amministrativo* ³, Milano 1912, n. 201 [; *Corso di dir. amministrativo. Principii generali* ³, Padova 1937, p. 4].

diversi punti di vista. L'aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall'istituzione in cui esso si concreta, e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario. Ciò non risulta soltanto dall'impossibilità, cui altrimenti si va incontro, di coglierlo e definirlo nella sua unità organica (§ 3 e segg.), dal suo carattere di obbiettività, quale sopra si è delineato (§ 7), dall'elemento della sanzione che è ad esso inerente e non può ridursi al concetto di norma (§ 8), ma anche dalla seguente osservazione. Se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente, e che quindi non è possibile ritenere che il diritto sia non un'istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona. Ciò è evidente, per es., per lo Stato, ma non solo per lo Stato: esso esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita³⁷. La sua origine non è

³⁷ V. in questo senso il mio studio, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giur.*, LXVIII, 1902 [; *Principii di dir. costituz. generale* cit., cap. XIV]. Altri invece afferma che, «l'ordinamento statale, nel primo costituirsi dello Stato, è un'organizzazione soltanto di fatto.... Ma, in seguito.... la sua organizzazione, come tutto il suo ordinamento, è regolata da norme di diritto e assume perciò carattere giuridico» (RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli 1912, n. 111). V. in senso conforme JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, Berlin 1914, p. 337 segg. Ugualmente, si crede che «ogni ordinamento ha, nel tempo, un momento in cui, quali ne siano le cause, da reale si tramuta in giuridico» (MARINONI, *La responsabilità degli Stati* cit., p. 20). Queste opinioni evidentemente dipendono dal preconetto che il diritto non possa cercarsi e rinvenirsi se non in una norma. Che cosa sia poi e come possa concepirsi un «ordinamento statale» che non sia giuridico, che aspetti di essere in seguito, regolato, come se un ordinamento non fosse, per definizione, qualche cosa

un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito. La prima posizione del diritto non è quindi data da quest'ultima, che ne è una manifestazione più tardiva e sussidiaria. Del resto, prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma. Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l'organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma. Se è vero che il carattere giuridico di questa è dato dal potere sociale che la determina o, almeno, la sanziona, ne viene che questo carattere deve già rinvenirsi nell'istituzione, che non potrebbe attribuirlo alla norma se già non lo possedesse essa medesima.

Il vero si è che il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale. Se non si accetta questo postulato, si va incontro all'inconveniente di dover spiegare il fondamento e l'obbligatorietà del diritto in modo metagiuridico: onde le teorie, che, se contengono alcuni elementi di verità, sono inaccettabili come teorie giuridiche, che raffigurano il diritto come forza puramente psichica ³⁸, per non parlare di quelle che in

di già regolato e che, per giunta, regola, non mi riesce d'intendere. [In senso conforme al mio, v. adesso BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano 1938, p. 11, nota 11 e *passim*].

³⁸ V., p. es., questa teoria in TRIEPEL, *Völkerrecht u. Landesrecht*, Tübingen 1899, p. 82; HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena 1903, I, § 20; e in forma più attenuata anche in altri: MICELI, op. cit., § 25; ANZILOTTI, *Teoria generale della responsa-*

esso vedono una forza individuale e soltanto materiale. Ora l'organizzazione, così concepita, non è certo una norma o un complesso di norme: sia perché, come si è visto, può essere a questa anteriore, sia perché, quando è posteriore e vi si ricollega, è evidentemente un fenomeno che si sarà verificato per effetto della loro esecuzione, e quindi non è norma. Questa può averlo disposto, ma non certo effettuato essa stessa, e tanto meno costituito automaticamente, pel semplice fatto della sua esistenza ^{38 bis}.

§ 17. Per ogni definizione del diritto la pietra di paragone è specialmente data dal c. d. problema del

bilità dello Stato nel diritto internazionale, Firenze 1902, p. 68, in quanto afferma che « l'obbligatorietà del diritto è piuttosto un concetto morale, che un principio giuridico »; ecc.

^{38 bis} [In applicazione di questi concetti, ho notato altrove (e per ultimo nei miei *Principii di diritto costituzionale generale* cit., cap. VI, § 2, n. 2), per quanto riguarda lo Stato, che la sua costituzione spesso è dichiarata e risulta da norme, ma, ravvisata in sé e per sé, non si esaurisce in queste, che non sono che i suoi segni esteriori, la sua documentazione, una forma della sua affermazione: essa sarà invece effettivamente data dalle istituzioni in cui prenderà corpo. In altri termini, la costituzione è un edificio e questo non è la pianta che potrà disegnarne l'architetto, per guida di chi dovrà continuare a costruirlo o di chi in esso dovrà muoversi. Con limpida intuizione, l'antica dottrina distingueva la costituzione dalle leggi. Aristotele (*Politica*, IV, 1289-a) scriveva: « le leggi sono fondamentalmente distinte dalla costituzione », e i suoi commentatori e traduttori confermavano che le leggi « separatae sunt ab iis quae declarant rempublicam » (Victorius), « ab his rerumpublicarum descriptionibus diversae sunt » (Ramus), « ab iis rebus quae rempublicam indicant sunt seiunctae » (Giphanus), in modo che « sane apparet, inter ea, quae constituunt rempublicam, non numerari leges » (Heinsius). Sennonché questo carattere della costituzione non implica, come si è creduto, che la costituzione medesima sia un *prius* del diritto statale e resti fuori di esso: se ciò fosse vero, poiché costituzione e diritto costituzionale sono la stessa cosa (op. cit., cap. I), se ne dovrebbe logicamente dedurre la negazione del diritto costituzionale].

diritto internazionale, e non sarà, per conseguenza, inutile saggiare ad essa anche la nostra. È per noi infatti un postulato, che si debbono senz'altro ritenere erronee o incomplete quelle definizioni, partendo dalle quali si giunge a negare il diritto internazionale, sia nella sua stessa esistenza, sia — ciò che, dopo tutto, non è molto diverso — nella sua autonomia, in quanto lo si consideri come un'estrinsecazione o proiezione del diritto interno dei vari Stati. La definizione del diritto deve essere data in modo che vi si possa comprendere quel che, non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune, e soprattutto, per pratica costante, e non mai smentita, viene considerato tale. Altrimenti essa è arbitraria: non la realtà si deve — dal giurista — subordinare al concetto, ma questo a quella.

Il problema dunque, per noi, si pone tutto nella domanda: l'ordine giuridico internazionale è un'istituzione? Dove la figura di quest'ultima debba essere cercata non è dubbio: si deve indagare se la comunità degli Stati presenta quei caratteri costituzionali che, secondo l'opinione che abbiamo formulata, sono altresì i caratteri essenziali di ogni sistema di diritto. E, per ora, possiamo prescindere dal determinare se tale comunità debba intendersi nel senso ampio, se cioè essa sia unica e vi partecipi la generalità degli Stati, o se invece ci siano tante comunità quanti i gruppi, che si intrecciano poi in vari modi, degli Stati fra cui si stabilisce un particolare diritto internazionale ³⁹. Lo scegliere fra l'una e l'altra di queste concezioni non è certo indifferente; ma ci gioverà non prendere posizione fra

³⁹ [Quest'ultima è, com'è noto, la concezione del TRIEPEL, op. cit., p. 83 segg.].

di esse, finché il nostro ragionamento potrà riferirsi ad entrambe.

Com'è noto, la dottrina è concorde nel punto, che del resto non può essere dubbio, che la società internazionale non sia una persona giuridica, ma questo è del tutto irrilevante per noi, che abbiamo formulato dell'istituzione un concetto che prescinde affatto da tale carattere. Senonché, si trova molto spesso ripetuta anche un'altra affermazione, che cioè quella società non è giuridicamente organizzata ⁴⁰, il che potrebbe essere un ostacolo a considerarla come istituzione, posto che quest'ultima è, per l'appunto, sinonimo di organizzazione. Però non è molto chiaro il significato che a tale affermazione si attribuisce. Talvolta sembra che con essa non si faccia che ripetere, in altra forma, il principio che la comunità internazionale non sia rivestita di personalità. Tal'altra, invece — ed è questo il significato che può interessarci — si vuol mettere in rilievo che in essa manca un potere al quale siano sottoposti i singoli Stati. A noi però non sembra che il concetto di organizzazione implichi necessariamente un rapporto, così inteso, di superiorità e di correlativa subordinazione. Infatti, posto che a tale potere dovrebbero essere soggetti tutti gli Stati, in modo che nessuno e neppure una maggioranza di essi avrebbe mai una preminenza sugli altri, il potere medesimo non potrebbe spettare che alla stessa comunità, il che significherebbe che questa dovrebbe costituire necessariamente una persona. Quindi si dovrebbe ammettere che le comunità assolutamente paritarie, come è quella internazionale, sarebbero giuridicamente organizzate solo quando fossero persone giu-

⁴⁰ V. però le osservazioni in contrario del MARINONI, *La responsabilità degli Stati* ecc., p. 31 segg.

ridiche. Ora sembra che questa tesi sia arbitraria e non possa dimostrarsi; anzi è da ritenere che la condizione di eguaglianza e di reciproca indipendenza in cui si trovano i membri delle dette società altro non sia che un carattere della loro organizzazione o, se si vuole, un effetto di essa. L'opinione contraria non è forse determinata da altro che dalla frequente veduta unilaterale, per cui si credono caratteri essenziali di un concetto giuridico quelli che non sono se non i caratteri accidentali con i quali esso si manifesta in un solo campo del diritto: per quel che riguarda il caso nostro, nel diritto statuale interno.

Dall'altra parte, sarebbe facile rintracciare anche nella più recente dottrina sul fondamento e la natura del diritto internazionale, gli elementi che implicano necessariamente l'organizzazione della società degli Stati, nonostante le affermazioni in contrario della dottrina medesima. Quando, infatti, si ritiene che l'accordo normativo, fonte di quel diritto, produce una volontà che non è più quella dei singoli Stati, ma una volontà unica in cui queste si fondono, e che è ad esse superiore; quando si dice che così il diritto internazionale viene ad acquistare il carattere di un *ius supra partes*⁴¹; o, più accentuatamente, che esso si risolve in comandi o imperativi rivolti agli Stati; tutto ciò postula un'organizzazione, sia pure semplice, della comunità interstatale. Questa non avrà organi propri, nel medesimo senso

⁴¹ V. per tutti questi concetti il lavoro cit. del TRIEPEL, p. 74 segg., e, fra coloro che, in genere, li seguono, specialmente ANZILLOTTI, *La responsabilità* cit., p. 71 segg.; *Corso di diritto internazionale*, I, Roma 1912, p. 47 segg. [3^a ed., 1928, p. 41 segg.; ed. tedesca cit., p. 34 sgg.].

di quegli enti che hanno personalità ^{41 bis}, non si fonderà su una posizione di subordinazione e di indipendenza di alcuni Stati verso altri, ma implicherà una posizione di soggezione di tutti gli Stati che sono suoi membri, verso un potere non soggettivo, impersonale, che è quello stesso che permette e determina l'esistenza della comunità ⁴². E noi non attribuiamo altro senso all'espressione « organizzazione » quando l'assumiamo per rendere il concetto di istituzione. Un significato analogo ha, dopo tutto, la qualifica che comunemente si attribuisce agli Stati di « membri » di siffatta comunità, se è vero che non si può esser membri se non di un « corpo », di un « organismo » ⁴³. E con ciò si può anche prescindere dal ricordare che non è raro il caso di organi comuni ai diversi Stati o della riunione in un solo corpo o ufficio di organi di vari Stati; il che implica un'organizzazione della società internazionale, sempre in quella figura che è compatibile con la sua impersonalità.

Il carattere di istituzione che, secondo noi, deve ravvisarsi nella comunità degli Stati, in cui si concreta l'ordinamento giuridico internazionale, era, del resto, nella dottrina più antica limpidamente concepito, se pure

^{41 bis} [Adesso è mia opinione, diversa da quella comune, che, oltre le persone giuridiche, possono avere degli organi gli enti sociali, sia a tipo associativo sia a tipo istituzionale, non dotati di personalità: v. il mio *Corso di dir. internazionale* ⁴, Padova 1939, p. 213 segg.; il mio *Corso di dir. amministrativo* ³ cit., pp. 95, 100, 102-3; e il mio *Corso di dir. costituzionale*, passim nelle sue varie edizioni. Ha seguito le mie vedute FEDOZZI, *Introd. al dir. internaz. e parte generale*, in *Trattato di dir. internaz.* diretto da Fedozzi e Romano, ristampa della 3^a ed., Padova 1940, p. 472].

⁴² ANZILOTTI, *Responsabilità*, p. 74: « il diritto internazionale esprime una potestà cui lo Stato è soggetto ».

⁴³ « Membra unius corporis » (cioè della *societas gentium*), diceva degli Stati il GROZIO, *De iure belli ac pacis*, II, cap. 8 § 26, cap. 15 §§ 5 e 12.

diversamente formulato, e solo di recente esso è stato obliterato o anche negato. Ciò si deve principalmente alla concezione, ormai così largamente diffusa, che ravvisa l'unica fonte del diritto internazionale nella volontà collettiva degli Stati, manifestata con la forma della consuetudine o con quella dell'accordo o trattato normativo, in modo che si esclude dall'ambito del diritto medesimo ogni elemento e momento anteriore a quelli in cui, volta per volta e concretamente, siffatta volontà si costituisce.

Anzi tutto, tale concezione si riattacca evidentemente alla veduta comune che riduce il diritto ad un complesso di semplici norme, e, da questo punto di vista, non si sottrae alle critiche che noi abbiamo in generale mosso a questa veduta. Essa però porta nel diritto internazionale a conseguenze più gravi che nel diritto interno degli Stati. Infatti, nessuno disconosce che le singole leggi di quest'ultimo si riportano tutte su una unica base: lo Stato, che le emana e dal quale attingono la loro obbligatorietà ed efficacia. Invece gli accordi internazionali, secondo l'opinione accennata, starebbero, come si vedrà meglio appresso, ciascuno per sé, ciascuno trarrebbe da sé la sua efficacia e costituirebbe il primo principio del diritto di cui è fonte. In modo che, da questa premessa si può dedurre, come del resto si è, almeno in parte, dedotto, che non il diritto internazionale esiste, ma tanti diritti internazionali quanti sono questi accordi.

Inoltre, è da osservare che la dottrina di cui parliamo rappresenta una reazione contro le teorie dominate dai principii del diritto naturale, che, nell'enumerazione delle fonti del diritto internazionale, eccedevano il campo del diritto positivo. Sotto questo aspetto, essa è stata senza dubbio salutare e ha dato larghi e utili

contributi alla revisione di molti concetti, e, soprattutto, del metodo. Senonché sembra che, in parecchie sue parti fondamentali e nella sua stessa impostatura, sia da ravvisarsi un'intima contraddizione, che, in alcuni suoi svolgimenti, in grazia di vari espedienti tecnici, si attenua, ma non resta per tantò eliminata. Infatti, tale dottrina, mentre è stata formulata come un'affermazione di positivismo giuridico, avente lo scopo di epurare il diritto internazionale dalle numerose influenze dell'antico giusnaturalismo, ripete invece gli identici, precisi postulati da cui muoveva una delle più tipiche teorie, con cui quest'ultimo aveva cercato di spiegare il diritto interno dello Stato: cioè la teoria del contratto sociale. Punto di partenza di essa era l'individuo, concepito isolato e al c. d. stato di natura, perfettamente libero e indipendente, che poi, col concorso della sua volontà, si sottoponeva al regime statuale, che esso medesimo creava. E ora, adottando un'ideologia in tutto analoga, si afferma l'originaria indipendenza dei singoli Stati, i quali pongono da sé il diritto internazionale e vi si assoggettano, mediante il loro accordo, che è poi un vero e proprio contratto sociale, salva la differenza di nome e di tecnicismo giuridico con cui lo si analizza. Per superare la corrispondente teoria nel diritto interno — e lasciamo da parte il suo significato filosofico, che ha ben altri aspetti — è bastato osservare che la posizione giuridica dell'individuo, qual'essa sia, è una conseguenza del sorgere dello Stato, dal cui ordinamento essa è data: che, per conseguenza, tale ordinamento può spiegare quella posizione, non viceversa questa il primo. È strano che la medesima obbiezione non si sia presentata agli internazionalisti. Se gli Stati sono indipendenti l'uno dall'altro, questa loro condizione, dal punto di vista giuridico, non è preesistente al diritto internazio-

nale, ma è posta da esso; e il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo. Quando invece si afferma il contrario, che l'ordinamento giuridico internazionale nasce dall'accordo degli Stati, che quest'accordo è un momento pregiudiziale, e così via, si pone a base di tale ordinamento una condizione naturale degli Stati. La quale, per giunta, non ha nella realtà un riscontro maggiore di quello che non avesse la pretesa condizione naturale degli individui prima del sorgere dello Stato: com'è una veduta puramente metafisica e non storica quella dell'uomo isolato e vivente allo stato di natura, così non meno metafisica, anzi mitica, è la concezione dello Stato isolato dagli altri e non vivente con essi in comunità. Dal punto di vista storico, è poi da ricordare che il diritto internazionale anteriore a quello moderno si fondava sul principio opposto della subordinazione degli Stati al potere temporale dell'Impero e al potere spirituale della Chiesa, a non parlare di altre subordinazioni particolari ad alcuni di essi. L'attuale indipendenza degli Stati non è dunque una loro condizione naturale, originaria, indipendente dal diritto internazionale, ma è affatto contingente ed è una conseguenza dei particolari caratteri da quest'ultimo assunti in epoca recente. L'altro principio poi dell'uguaglianza degli Stati, connesso con quello dell'indipendenza, ma non da identificarsi con esso, costituisce una regola che non manca anche ora di eccezioni, le quali non sempre vengono esattamente apprezzate e valutate.

La conseguenza che da ciò deve trarsi è, secondo noi, molto semplice. Come il diritto statale si pone con la

stessa esistenza dello Stato, essendo unico il momento dell'esistenza e di quest'ultimo e del relativo ordinamento giuridico, così il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli. Il principio (e qui non vogliamo indagare se sia così assoluto come si afferma), che una norma concreta di diritto internazionale non può in seguito porsi se non con la volontà dei singoli Stati che compongono la comunità e vale soltanto per quelli fra di essi che l'hanno voluta, è un principio giuridico: il che val quanto dire che ha la stessa natura dell'altro principio — diverso, anzi opposto — per cui il potere legislativo nell'interno di ciascuno Stato è affidato non ai singoli cittadini, ma a certi determinati organi. Esso per ciò vale non pel momento *originario* del diritto internazionale, ma per quel suo momento *posteriore*, in cui si tratta di porre nuove norme, nuovi istituti, di modificare quelli precedenti, e così via; come il principio che la legge deve essere approvata dalle Camere e sanzionata dal capo dello Stato vale dal momento in cui esso è posto, ma esso medesimo può esser posto con una costituzione che ha vita nel momento della fondazione dello Stato, cioè senza la base di una norma precedente. Ciò ci riporta alla veduta che anche il diritto internazionale, come quello statale, nel suo primo momento si afferma come istituzione, come prodotto necessario dell'organizzazione interstatale, della struttura con cui, di fatto e di diritto assieme, essa si è venuta formando.

Non è superfluo insistere su questo punto. Il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, pregiuridico; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un ordinamento di diritto, del quale fanno

parte gli organi cui è affidato il potere legislativo: d'ora innanzi, avranno esistenza giuridica tali organi ed efficacia giuridica le leggi che saranno emanate da essi. Non altrimenti è a ritenersi per la comunità internazionale: la sua formazione con l'attuale sua struttura sarà stata un fatto svoltosi lentamente e certo non governato dal diritto; ma una volta essa costituitasi com'è attualmente, è divenuto giuridico il principio che gli Stati dovranno contribuire con la propria volontà all'emanazione di nuove norme, e saranno giuridici gli atti formati da tali accordi, che mano mano si aggiungeranno all'edificio del diritto internazionale. Il momento dunque in cui sorge la prima pietra di quest'ultimo, fondamento delle altre che vi si accumuleranno ulteriormente, non è segnato, come crede la dottrina ora dominante ⁴⁴, da questi accordi, ma dal sorgere della stessa comunità internazionale odierna. Il che vuol dire che

⁴⁴ Può essere interessante notare le estreme conseguenze, perfettamente logiche, cui si è pervenuto movendo da tali premesse, ma che, secondo noi, sono un indizio della necessità di rivedere quest'ultime. L'ANZILOTTI, *Corso* cit. I, pp. 48, 49, 53 segg., [diversamente nell'ediz. 3^a, del 1928, nonché nell'ed. tedesca cit., p. 189 segg., 273 segg.], è adesso dell'opinione che l'accordo normativo, ponendo il diritto, lo precede e ne resta fuori, è un fatto non giuridico, ma pregiuridico. Il sentimento comune, invece, e la dottrina tradizionale considerano tutti i trattati internazionali come atti giuridici: lo stesso ANZILOTTI, *La responsabilità*, p. 48, così altra volta li considerava. Sempre dal medesimo punto di vista, si è inoltre sostenuto che ciò che si qualifica come accordo normativo non si può qualificare tale e quindi distinguere dal contratto, perché, essendo un fatto pregiuridico, non è suscettibile di alcuna determinazione giuridica (GABR. SALVIOLI, *Sulla teoria dell'accordo in diritto internazionale*, Napoli 1914, p. 30). Anche ciò è logico, ma ricorda il *cave a consequentiis*. Ad ogni modo è sintomatico che la teoria dell'accordo, così sottilmente elaborata, che non si sa se abbia generato le moderne vedute sul fondamento del diritto internazionale o sia stata generata da esse, ora è negata da quest'ultime: o Saturno divora i suoi figliuoli o.... viceversa.

gli accordi medesimi non hanno, come molti credono, una virtù propria, indipendente dalla preesistenza del diritto oggettivo, e nemmeno, come credono altri, traggono la loro efficacia dalla consuetudine: essi invece poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali. E sarebbe astrattamente possibile che tale principio mutasse, non solo per effetto di concordi dichiarazioni di volontà degli Stati, ma in via di fatto, per modificazioni che potrebbe eventualmente subire la comunità internazionale: per esempio, per la preponderanza acquistata da uno o più Stati, come la modificazione dell'ordinamento costituzionale di uno Stato può seguire, oltre che per le vie legali, anche per rivolgimenti non giuridici. Così, reciprocamente, la società degli Stati, che nel medioevo era fondata su un rapporto di subordinazione di quest'ultimi verso l'imperatore e il papa, venne a trasformarsi nell'epoca moderna, per tutta una serie di avvenimenti storici, in una società paritaria. E anche questa considerazione dimostra che l'odierna condizione di eguaglianza e d'indipendenza degli Stati non è oggi pregiuridica, ma determinata dalla struttura della loro comunità. Il domandarsi poi perché quest'ultima si è attualmente costituita, affermando il principio dell'accordo degli Stati necessario per la posteriore regolamentazione ad essi speciale, è davvero un'indagine estranea al diritto, come l'altra analoga, relativa al perché in uno Stato il potere legislativo è affidato a certi organi piuttosto che ad altri, o perché si richiede l'unanimità, anziché la maggioranza, di questi organi e viceversa non l'unanimità, ma la maggioranza dei membri che compongono gli organi medesimi, quando essi sono collegiali.

Queste vedute si potrebbero confermare, mettendo in rilievo l'esistenza di altri principii di diritto internazionale, che non son posti da nessun accordo e quindi non si possono fondare su di esso, ma risultano dalla compagine della comunità internazionale ^{44 bis}. Per esempio, il principio che ammette l'uso della forza da parte degli Stati, per costringere a rispettare l'ordinamento internazionale, è, come a noi sembra e come credono, in generale, anche coloro che fondano quest'ultimo esclusivamente sulla comune volontà degli Stati ⁴⁵, un principio giuridico. Ma da quale accordo esso risulta? I trattati l'hanno disciplinato e limitato, ma presupponendolo già esistente: nessuno di essi l'ha mai posto. E non sembra sia il caso di far ricorso alla con-

^{44 bis} [Su questi principii fondamentali o costituzionali, che si pongono con la stessa esistenza della comunità internazionale, che non sono norme di diritto volontario né di diritto consuetudinario, v. il mio *Corso di diritto internaz.* ⁴, p. 31 segg. Per i principii di natura analoga, concernenti l'ordinamento dello Stato, v. il mio *Corso di dir. costituz.* ⁸, cap. XXIV n. 1, e per ultimo i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VII § 6 n. 7. Per una sostanziale adesione alla mia dottrina su questi principii, v. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principii generali del dir.*, in *Studi sui principii generali dell'ordinamento giur.*, Pisa 1941, p. 186 segg.].

⁴⁵ V., per tutti, ANZILOTTI, *Corso*, I, p. 28 segg. [; 3^a ed., 1928, p. 44; ed. tedesca, pp. 395, 402 segg.], che vede in ciò la coazione che rende giuridiche le norme internazionali. Non mi sembra, d'altra parte, che l'uso della forza possa ritenersi giuridicamente ammesso solo perché conseguenza logicamente necessaria della giuridicità delle norme internazionali, le quali, appunto perché giuridiche, avrebbero bisogno di una coazione, e questa non è data da un potere superiore ai singoli Stati. Infatti, non si può dire che sia ammesso dal diritto internazionale l'uso della forza in genere, tranne le limitazioni espressamente convenute, ma soltanto sono consentiti certi mezzi determinati in modo positivo, p. es., la guerra: il che dimostra che si tratta di un principio o di diversi principii che stanno a sé e non si lasciano dedurre dall'altro cui si è accennato. E ciò a prescindere da altri argomenti, su cui non è qui il luogo d'insistere.

suetudine. Anche qui si ha un principio connaturato con l'istituzione, nel senso già detto.

E a questo punto, con l'affermazione che il diritto internazionale è l'ordinamento immanente della comunità degli Stati; che nasce con essa e da essa è inseparabile; che, prima che nelle singole norme risultanti da particolari accordi, bisogna ricercarlo nell'istituzione in cui si concreta la comunità medesima; e che esso è quindi, innanzi tutto e nel suo aspetto unitario, organizzazione o istituzione, noi potremmo fermarci. Le ulteriori conseguenze che sono da trarsi in ordine alla teoria delle fonti del diritto internazionale non possono essere qui sviluppate, ma conviene trattarne in sede più opportuna.

Non sarà però inutile aggiungere un'osservazione. Come si è detto in principio del presente paragrafo, si è da taluno negato che esista una comunità internazionale, che comprenda in sé tutti gli Stati, e si è sostenuto invece che si abbiano tante comunità quanti i rapporti di ciascun Stato con altri Stati. La genesi logica di questa teoria ci appare oramai, dopo quanto si è rilevato, evidente. Essa è un semplice corollario dell'altra che concepisce il diritto internazionale come una tela di Penelope, che si ricomincia a tessere *ex novo* ad ogni accordo normativo. E, per essere coerenti, se ne dovrebbe trarre la conseguenza, che ognuno di questi accordi, forma, piuttosto che una comunità, un semplice rapporto, limitato non soltanto al numero degli Stati che si accordano fra di loro, ma anche all'oggetto speciale per cui essi si accordano. Verrebbe così a negarsi l'esistenza di un diritto internazionale generale, che potrebbe soltanto concepirsi come un'astrazione dottrinale, ossia come l'insieme dei principii che di fatto sono comuni alle relazioni fra tutti gli Stati o la maggior

parte di essi. Questi principii non costituirebbero una vera unità giuridica e, solo per comodo e brevità di trattazione, si esporrebbero assieme. Il diritto internazionale positivo non sarebbe che il diritto particolare di ogni Stato verso ciascun altro con cui esso sarebbe in rapporto: dello Stato A con lo Stato B e poi con lo Stato C, e così di seguito, anzi il diritto risultante da ciascun accordo concreto. È evidente che ciò è contrario alla realtà, ed è più facile affermarlo in astratto che seguirne in pratica tutte le conseguenze che ne deriverebbero. Così si spiega come anche coloro che si son messi sulla via che condurrebbe a quest'ultime, si fermano poi a mezza strada, dimostrando in tal modo l'erroneità delle premesse, che son costretti a dimenticare. Donde l'opinione comune, che, se quelle premesse fossero giuste, dovrebbe rigettarsi, per cui il diritto internazionale particolare si considera come un diritto che si innesta in quello generale e lo presuppone.

Anche da questo punto di vista, si è ricondotti dunque a riaffermare l'esistenza di una comunità degli Stati concepita nella sua integrale unità: istituzione, nella quale i nuovi Stati che sorgono sono ammessi, previo il così detto riconoscimento ^{45 bis}, e che quindi, ad ognuna di queste ammissioni, si amplia, non rinnovandosi, ma conservando la propria identità. Così il diritto internazionale fornisce, a sua volta, una buona riprova dell'esattezza del concetto di ordinamento giuridico, che abbiamo formulato in generale ^{45 ter}.

^{45 bis} [Che l'ammissione nella comunità internazionale avvenga per mezzo del c. d. riconoscimento, è stato da me posteriormente negato: v. il cit. mio *Corso di dir. internaz.* ⁴, p. 60 segg., 106 segg.].

^{45 ter} [Per una trattazione del diritto internazionale ispirata ai concetti di cui nel testo, v. il mio *Corso di dir. internazionale* cit. Aderiscono in generale a tali concetti: BRESCHI, *La Società delle Na-*

§ 18. Il concetto di istituzione e la sua equivalenza a quello di ordinamento giuridico risultano confermati e chiariti, distinguendo il concetto medesimo da altri con cui potrebbe essere confuso.

In primo luogo, l'istituzione non si risolve mai in un singolo rapporto o in più rapporti giuridici determinati (§ 10). Il rapporto giuridico attiene alla concezione soggettiva del diritto, in quanto presuppone come punti di riferimento almeno due termini, dei quali, secondo noi, uno è costituito da una persona considerata o comprensivamente o limitatamente ad un suo aspetto o anche (se si tratta di persona giuridica) ad un suo organo, e l'altro è dato o dalla stessa persona, in quanto al primo suo aspetto o organo si contrappone un altro suo aspetto o organo, o infine dall'oggetto di un suo diritto o di un suo obbligo. Il rapporto non è quindi un'entità a sé, ma una relazione fra

zioni, Firenze 1920, p. 87 segg.; FEDOZZI, *Trattato di dir. internaz.*, per cura di Fedozzi e Romano, *Introduzione e Parte generale*³, Padova 1938, p. 15; MONACO, *Solidarietà e teoria dell'istituzione nelle dottrine di dir. internaz.*, §§ IV e V, in *Arch. giur.*, 1932. Per altre adesioni con applicazioni ad argomenti particolari, v., fra gli altri: 1) per i rapporti fra l'ordinamento internazionale e l'ordinamento statale: MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, Torino 1932; 2) per i c. d. principi generali di diritto internazionale: FEDOZZI, op. e loc. cit.; 3) per le unioni di Stati: ZANOBINI, in *Enciclopedia it.*, voce *Stato*, XXXIII, p. 621; BISCARETTI DI RUFFIA, *Sull'esistenza di unioni non internazionali di Stati diverse dagli Stati di Stati*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova 1939, III; *Lo Stato democratico moderno*, § 78; C. SCHMITT, *Führung u. Hegemonie*, in *Schmollers Jahrbuch*, 1939, p. 5 dell'estr.; 4) per i protettorati coloniali, oltre Zanobini e Biscaretti citt., BALDONI, *Le unioni internazionali di Stati*, in *Riv. it. di sc. giur.*, 1931, p. 13 estr.; 5) per il diritto interno delle unioni internazionali: BALDONI, *Gli organi e gli istituti nelle unioni internazionali*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1931; MONACO, *I regolamenti interni degli enti internazionali*, in *Jus gentium. Annuario it. di dir. internaz.*, I, 1938, p. 52 segg.].

diverse entità, adoperata questa parola in senso largo. L'istituzione invece è il diritto obbiettivo, ed è diritto obbiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha, nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva. Essa implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici. L'istituzione è unità; il rapporto, giuridico o non giuridico, postula la pluralità. Per questo motivo, si dimostra non solo insufficiente, ma anche erronea la concezione, per esempio, che considera lo Stato come un semplice rapporto di diritto ⁴⁶, concezione la quale è da rifiutarsi anche per gli Stati che non hanno personalità giuridica.

Da ciò il corollario, che non basta, perché sorga una istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorre che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati. Così non è possibile immaginare un'istituzione costituita soltanto da due persone fisiche: queste resteranno sempre due individualità, che non avranno il modo di costituirne una. Il che, si noti bene, non toglie che ci possano essere istituzioni in cui l'elemento personale sia rappresentato da due sole persone; senonché in tale caso è necessario che tale elemento sia integrato con qualche altro, che

⁴⁶ Essa non è in ogni modo da confondersi, come fa JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, p. 38 della traduz. it. (Milano 1912); *Allgemeine Staatslehre* ³, Berlin 1914, p. 167, con l'altra più corretta che va sotto il nome di *Zustandslehre*.

abbia quell'efficacia coesiva e unificatrice che altrimenti mancherebbe. Così la società coniugale, che, considerata in sé e per sé, non sarebbe che un rapporto, può assumere e di regola assume la figura giuridica della famiglia, cioè di un'istituzione. Essa, infatti, sia per l'intervento del diritto statuale, che l'organizza su una base qualsiasi, per esempio, riconoscendo al marito la qualità di suo capo, sia, anche prescindendo da ciò, per la natura stessa degli scopi da proseguire, ai quali gl'individui si subordinano, per la sua possibile e normale prosecuzione oltre i coniugi, pel legame che unisce i suoi membri presenti a quelli passati e ai futuri, si trasforma in un'unità continua, in un corpo sociale, i cui elementi variano secondo la sua costituzione, che è stata ed è differente secondo i luoghi e i tempi. La famiglia romana, le dinastie regnanti, le famiglie dell'alta nobiltà fornite, in taluni paesi, di larga autonomia, la famiglia moderna non possono certamente confondersi in un'unica categoria; ma sono tutte istituzioni ⁴⁷.

Due persone giuridiche, invece, possono, anche senza altro intervento estraneo e senza il concorso di altri elementi, formare da sé un'istituzione. Ciò perché la loro struttura interna è tutta creazione del diritto, il quale quindi può plasmarla e atteggiarla precisamente allo scopo che esse costituiscano una vera unità, anche se questa, a sua volta, non sia da considerarsi una persona. Così una comunità internazionale e un diritto internazionale potrebbero continuare, senza dubbio, a sussistere, anche quando gli Stati si riducessero soltanto a due. E, del resto, oltre la comunità interna-

⁴⁷ Sulla famiglia moderna come organizzazione sociale, v. per ultimo CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1915, p. 7 segg., 77 segg.

zionale composta di molti Stati, se ne hanno delle altre particolari che, come certe federazioni o unioni reali di Stati, sono istituzioni formate da due Stati soltanto: il che è reso possibile dalla costituzione propria di ognuno di questi. Un'opinione molto comune vede in tali unioni di Stati solo un rapporto di società: ma essa non è esatta appunto perché, fra l'altro, trascura il fatto che gli Stati, che fanno parte di queste unioni, subiscono per effetto di esse delle modificazioni interne, per cui l'uno diventa necessariamente il complemento dell'altro, e ambedue son costituiti in modo da trasformarsi in elementi di una più complessa istituzione, di un ente collettivo, senza per altro costituire una nuova personalità giuridica. L'opinione poi che afferma la personalità di siffatti enti ha un'intuizione dell'insufficienza della dottrina che li risolve in semplici rapporti, ma viceversa è anch'essa inammissibile, in quanto attribuisce loro un carattere che non è necessario perché si abbia un'istituzione, e che nelle figure suddette manca. L'atto infine, con cui si stabiliscono queste unioni, non è un contratto negoziale, nel senso stretto della parola, ma pone un diritto obbiettivo, e quindi, se esso è un trattato internazionale, rientrerà, per usare la terminologia comune, non nella categoria dei trattati-contratti, ma in quella dei trattati-accordi ^{47 bis}. Analogamente, nel sistema concordatario, Stato e Chiesa costituiscono un'unione, che non si risolve neppure essa in singoli e determinati rapporti, ma dà luogo ad una vera istituzione: da ciò, a prescindere da

^{47 bis} [La distinzione fra trattati - accordi e trattati - contratti è ora da me negata: v. il mio cit. *Corso di dir. internaz.*⁴, cap. V, n. 5].

altri elementi, la difficoltà che si è sempre incontrata nel ridurre la figura del concordato, o almeno di certi concordati, a quella di un comune contratto ^{47 ter}.

Tali esempi sembra che siano la più evidente conferma del criterio, in base a cui si deve distinguere fra istituzione e semplice rapporto: la prima è posizione stabile di un ente; il secondo, avvicinamento più o meno transitorio di più enti. Un rapporto può mutarsi in un'istituzione, solo quando, per forze interne o esterne, i suoi termini stessi rimangono modificati e stabilmente collegati in una posizione organica, cioè come membri di un'entità a sé.

Mentre poi l'istituzione, appunto come ente giuridico, è essa stessa un ordinamento, il rapporto non è un ordinamento, ma dipende da questo, che ne costituisce quasi l'atmosfera in cui vive, cioè qualche cosa di esterno ad esso. Il che spiega come un negozio giuridico, che pone in essere soltanto rapporti, non basta per far sorgere diritto obbiettivo. Per raggiungere quest'effetto, è necessario un atto che non si limiti a costituire un rapporto il quale si muova in tutti i suoi elementi nell'ambito di un ordinamento già esistente, ma deve esso medesimo porre, almeno in parte, quest'ultimo. Anzi, poiché una regola, in sé e per sé, presa isolatamente, non è, come abbiamo cercato di dimostrare, il diritto obbiettivo, un atto giuridico, perché possa considerarsi fonte di diritto, occorre che stabi-

^{47 ter} [Per gli stessi motivi per cui non credo più che nella categoria dei trattati internazionali abbiano una figura a sé i c. d. trattati-accordi, sono ora dell'opinione che anche i concordati ecclesiastici abbiano carattere contrattuale. Per la natura dell'unione concordataria fra Chiesa e Stato, v. i miei *Principii di diritto costituz. generale*, cap. X, § 4, n. 2].

lisca non soltanto regole, ma una più o meno completa organizzazione sociale ^{47 quater}.

§ 19. Se un ordinamento giuridico, ossia un'istituzione, non può identificarsi con un semplice rapporto fra due o più persone, tanto meno esso può raccogliersi e riassumersi in una persona fisica: occorre invece che questa si trovi in un collegamento stabile con altri elementi, in modo che la figura dell'istituzione risulti pure da questi ultimi. Tali elementi, cui accenniamo, possono essere costituiti anche da cose, cioè da obbietti di un diritto o di un qualsiasi potere spettante ad una persona. Ma quando esse vengono in considerazione come elementi di un'istituzione, il loro carattere giuridico non può tutto ridursi a quello di semplici *res*. Fra una cosa come tale e una persona, fra il soggetto e l'oggetto, intercede, come abbiamo rilevato (§ 18), un rapporto, e questo non basta perché sorga un'istituzione.

Gioverà chiarire con qualche esempio il nostro concetto, del quale potremo così fare delle applicazioni, che ci sembrano non prive d'interesse, rintracciando la figura dell'istituzione là dove essa rimane talvolta in penombra, appunto perché i suoi elementi si sono considerati, anziché nella loro vera posizione, in un semplice rapporto di natura reale.

E, anzi tutto, per quella istituzione tipica e carat-

^{47 quater} [Anche sulla natura dei negozi giuridici, la mia opinione attuale è diversa da quella accennata nel testo: essi pongono in essere non soltanto rapporti, ma anche norme che regolano questi rapporti e sono giuridiche, cioè istituzionali, in quanto l'autonomia sulla quale si fondano deriva dallo Stato e dallo Stato sono esse protette. V. su questo argomento vari miei scritti e, per ultimo, i cit. *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XIII, § 6, n. 6].

teristica, che è lo Stato, si può ricordare che la dottrina, distinguendo gli Stati che hanno una propria personalità da quelli che non sono persone, ha spesso considerato questi ultimi come obbietti del diritto del principe, del monarca, il quale allora starebbe sopra e fuori lo Stato ⁴⁸. Dal nostro punto di vista, queste concezioni e altre analoghe appaiono inesatte, o, almeno, insufficienti. Senza volere ricostruire certe figure di Stati, che, come quella, per esempio, del così detto Stato patrimoniale, aspettano ancora di essere messe nella giusta luce, possiamo limitarci ad osservare che lo Stato è sempre e soprattutto un regime, un ordinamento giuridico, un'istituzione della quale il monarca, i sudditi, il territorio, le leggi non sono che elementi. Quindi anche il monarca si comprende nell'istituzione, egli non è mai fuori e sopra di essa, la sua posizione non è indipendente da quest'ultima, ma è invece un suo particolare atteggiamento, un punto fondamentale del diritto che nell'istituzione medesima si concreta. Re e regno costituiscono necessariamente, da questo punto di vista, un'unità inscindibile. Il secondo, quindi, non si può considerare come una *res* collegata col primo soltanto da un rapporto di appartenenza estrinseca: fra l'uno e l'altro c'è un'immedesimazione derivante dal fatto che lo Stato è un'istituzione, di cui il monarca

⁴⁸ Sulla dottrina dello Stato-obbietto e sulla figura del monarca posto fuori e sopra lo Stato, v. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* ³ cit., pp. 164 segg., 669 segg. Inesatto ci sembra però coinvolgere, come fa Jellinek (pp. 165-6), la dottrina dello Stato-obbietto con quella, da taluni accennata più che svolta, dello Stato come istituto (*Anstalt*), [parola adoperata in senso diverso da quello della nostra istituzione: si tratta di due teorie di cui l'una rappresenta un notevole perfezionamento dell'altra. V. i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VI, § 1, n. 10 e § 3, n. 7].

è un elemento fra gli altri. L'opinione contraria si fonda su una valutazione non esatta della posizione sovrana che spetta al monarca. È vero che egli talvolta si qualifica *dominus* o signore dello Stato, ma ciò vuol dire soltanto che ne è il capo, e quindi, implicitamente, parte integrante, non semplice proprietario. L'antica questione poi, se il re, in certi Stati, sia sopra le leggi, è molto diversa da quella se egli sia sopra lo Stato. Il re può considerarsi sopra i suoi sudditi, la sua terra, le leggi da lui emanate e abrogate: se si vuole usare la terminologia moderna, si può anche dire che sudditi, terra e leggi siano obbietti del suo potere; ma in ogni caso, si tratta dei singoli elementi dello Stato, non dello Stato intero, nel quale si comprende lo stesso monarca. Questi, in altri termini, non ha un diritto di dominio meramente individuale, ma un diritto che gli compete come membro sovrano dello Stato e che quindi implica una sua posizione in quest'ultimo. Del resto che, in simili ordinamenti, si tratti di una signoria che eccede di gran lunga quella che un subbietto ha verso il semplice obbietto di una sua potestà, si desume da ciò che gli effetti del suo esercizio possono risolversi in mutamenti della struttura, dell'organizzazione, delle leggi dello Stato, e quindi nella emanazione di un nuovo diritto obbiettivo. La stessa alienazione o trasmissione da un monarca all'altro dello Stato ha per l'appunto tale carattere e importa non solo l'alienazione o trasmissione di un diritto, ma la perdita di uno *status* personale, l'uscita del re dal regno e l'ingresso in questo di un nuovo re. Il vero si è che la concezione dello Stato come obbietto non si fonda che su delle apparenze, e forse è stata suggerita dal desiderio di contrapporre alla figura dello Stato subbietto una figura che ne rappresentasse, anche nella terminologia, la per-

fetta antitesi. Lo Stato è sempre un'istituzione, che, abbia o non abbia una personalità, comprende il suo capo; altrimenti non si saprebbe più rintracciare il diritto obbiettivo, di cui i diritti e poteri di quest'ultimo non sono che manifestazioni.

E dal quel macrocosmo giuridico, che è lo Stato, si può passare, per ribadire le osservazioni già fatte con altre analoghe, a istituzioni minori o anche minime, comprese alcune che il giurista non ha di solito occasione di sottoporre alla sua analisi, ma che non sono perciò meno interessanti. Quando un qualsiasi individuo, nell'ambito in cui egli può considerarsi quasi come il re nel suo regno, cioè nella sua casa (intesa questa parola in senso largo), stabilisce un ordinamento, che valga pei suoi familiari, pei suoi dipendenti, per le cose che sono a sua disposizione, pei suoi ospiti, e così via, egli in sostanza crea una piccola istituzione, di cui si erige a capo e fa parte integrante. Senonché non è da ricercarsi la figura di essa nelle leggi dello Stato. Queste considerano per conto proprio, singolarmente e da altri punti di vista, il domicilio di una persona, per garantirne la libertà, i suoi rapporti con le altre che costituiscono la sua famiglia, o sono al suo servizio, con le cose relativamente alle quali avrà un qualsiasi diritto, e così via. Ma tutto ciò sarà indifferente, almeno in modo diretto, per quel « diritto di casa » ⁴⁹ di cui parliamo e di

⁴⁹ Di un « diritto di casa » (*Hausrecht*), sempre però in senso subbiettivo e fondato sul diritto obbiettivo statuale, si è parlato a diversi propositi: in materia di inviolabilità di domicilio (v. p. es., LISTZ, *Lehrbuch des D. Strafrechts* ⁵, Berlin 1905, p. 401 segg. [25^a ed., p. 581 segg.], nonché di alcuni poteri che si è sentito il bisogno di distinguere dal potere disciplinare (v., p. es., HUBRICH, *Die parlamentarische Redefreiheit u. Disciplin*, Berlin 1899, p. 419 sgg., 424 segg.; ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti parlamentari*, n. 23

cui il diritto statuale non si occupa. Esso è un ordinamento interno autonomo che riduce ad unità di governo e di direzione una serie di elementi diversi, persone e cose, che considera da un proprio punto di vista. Cosicchè, mentre per le leggi dello Stato non si avrà, per esempio, che il subbietto di un diritto reale su una casa, se questa è di sua proprietà, o di un diritto derivante da un contratto di locazione; per quest'ultimo ordinamento invece siffatto rapporto non avrà per sé importanza e quella casa sarà sempre e soltanto un elemento dell'istituzione che in essa s'impiana, l'ambito di un potere che al suo capo spetterà come tale, non come proprietario o conduttore.

Analogamente, una qualsiasi persona potrà dare un regime, un assetto, un'organizzazione ad un suo stabilimento industriale, ad una scuola da lui tenuta, ad una sua impresa commerciale. Anche in tutti questi casi si avranno piccole istituzioni, microcosmi giuridici, dei quali l'elemento personale, che dell'istituzione rappresenterà il *dominus*, potrà essere riassunto in un solo individuo, che però si integra con altri elementi, che, fusi assieme e coordinati, costituiranno quell'unità che potrà chiamarsi un'azienda, in senso ampio. Questa sarà un'istituzione, pel suo diritto interno, e, come tale, avrà un capo, un legislatore, dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e ingranaggi amministrativi: sarà quindi un mondo giuridico a sé, com-

segg., in *Archivio giur.* LXXV, 1905; TEZNER, *Die Volksvertretung*, Wien 1912, p. 416 segg. ecc.). Una « potestà domiciliare » si è attribuita anche allo Stato, nell'ambito del proprio territorio: DONATI, *Stato e territorio*, n. 30 segg., in *Rivista di dir. internazionale*, VIII, 1914. — Ben diverso e maggiore rilievo hanno gli ordinamenti della Casa e della Corte reale, l'autonomia, che ha anch'essa una particolare figura, concessa a talune famiglie nobili dal diritto di alcuni Stati, ecc.

pleto nel suo genere e nei suoi fini (v. anche appresso §§ 31, 45, 47). Dal punto di vista del diritto statuale sarà qualche cosa di ben diverso: o sarà scomposta nei rapporti più svariati che intercedono fra le persone che ne fanno parte, o, come unità, sarà considerata un'*universitas rerum* o un complesso di attività e passività di un esercizio commerciale. Così, mentre il diritto dello Stato definirà la posizione del proprietario di quest'azienda, la quale quindi sarà oggetto di un diritto di esso; per l'ordinamento interno di cui ci occupiamo, il proprietario può rimanere anche fuori dell'azienda medesima, quando ad essa è preposto un capo diverso dal proprietario, e, ad ogni modo, quando questi ne assume il governo, quel che è decisivo non è il suo diritto di proprietà, ma la sua qualità di capo.

In sostanza il carattere di istituzione che deve attribuirsi a questi e ad altri enti risulta dalla loro struttura, dal loro diritto interno, e non dal modo, che può essere diverso, con cui sono raffigurati dalle leggi dello Stato. E se si ha riguardo a questa struttura, si vedrà che hanno un qualche fondamento le teorie che talvolta hanno veduto negli enti medesimi delle persone giuridiche, e non solo nell'azienda commerciale in senso proprio, ma anche, p. es., ciò che è sembrato più strano⁵⁰,

⁵⁰ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 704 [e anche *Persone giuridiche* cit., nel *Trattato* dir. da Vassalli, pp. 86-7. Alcuni autori hanno aderito a questo mio concetto dell'azienda, talvolta con qualche variante suggerita da un fraintendimento di essa: v., fra gli altri, FERRARA, *Trattato di dir. civ.*, I, Roma 1921, p. 811 segg. FERRARA junior, *Lezioni di dir. commerciale*, Firenze 1939, p. 137; *L'azienda*, Firenze, 1945; GRECO, *Profilo dell'impresa economica nel nuovo cod. civ.*, in *Atti dell'Accademia delle sc. di Torino*, 1941-2; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*⁶, I, § 77 n. 17; VALERI, *Man. di dir. comm.*, Firenze 1945, I, p. 12. E sembra che vi si accosti il codice civile del 1942, nella definizione dell'impresa, che prima era

nella nave. Teorie senza dubbio inesatte, perché l'elemento delle personalità non si ha né pel diritto statuale, né, di regola, pel loro diritto interno, ma che tuttavia meritano di essere ricordate come quelle che avevano l'intuizione, che, per quest'ultimo, alla figura della semplice *res* o dell'*universitas rerum*, che certo non adegua la realtà e di cui si sente da tutti l'insufficienza, si sovrappone quella, meno inerte, più viva, più animata, dell'istituzione. E le leggi dello Stato farebbero certo bene a tenerne conto.

§ 20. Se un rapporto giuridico o una sola persona fisica non bastano a concretare un'istituzione, viceversa una sola persona giuridica è da per sé un'istituzione. Senza qui affrontare il tormentato problema delle persone giuridiche, possiamo trarre alcuni corollari dai principii che siamo venuti svolgendo. In sostanza, la dottrina ha sempre avuto l'intuizione esatta che occorre formulare un concetto unico di tali persone, salvo a distinguerle successivamente in diverse categorie. Senonché, in questo suo compito non si può dire che essa sia riuscita, quando rinviene il c. d. sostrato delle corporazioni in un complesso di persone, e va ricercando in altri elementi, in riguardo ai quali è molto incerta e discorda, il sostrato delle fondazioni o istituzioni in senso stretto, dando così luogo a un dualismo, che, malgrado gli sforzi più ingegnosi, non riesce ad eliminare. Soltanto la dottrina dell'organizzazione, di cui abbiamo fatto un cenno (§ 11), risolve in modo unitario il problema, ricorrendo però, come si è avvertito (§ 13),

designata anche col nome di azienda, mentre l'attuale codice distingue impresa e azienda: v. il mio scritto *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, in *Riv. di dir. agrario*, 1944].

ad un concetto di cui non mette in evidenza il vero significato giuridico, anzi formulandolo in termini che non sono affatto giuridici. Secondo noi, base della persona giuridica è sempre un ordinamento di diritto obbiettivo, che si concreta e si racchiude in essa e per essa, cioè un'istituzione, nel senso sopra sviluppato: non le persone che ne fanno parte, anche quando si hanno delle corporazioni, non il suo patrimonio, non i suoi organi o uffici, non il suo scopo, sono il sostrato della personalità, ma sempre e soltanto l'ordinamento giuridico, che avvince quelle persone, destina quel patrimonio, specifica i suoi organi, e tutto coordina ad un fine determinato. E quando parliamo di ordinamento giuridico come sostrato della persona giuridica, intendiamo riferirci al suo ordinamento che possiamo dire interno, non a quello che può ad essa riferirsi per parte di un'istituzione superiore e più ampia, in cui la prima si comprende, come potrebbe essere, p. es., lo Stato. Invero la personalità può essere poi attribuita da quest'ultimo ordinamento più comprensivo, ma sempre sulla base dell'ordinamento di essa, che costituisce pel primo un presupposto necessario, un sostrato immancabile. In sostanza — e qui non è possibile dilungarci su tale argomento — un'istituzione assume il carattere di persona, quando essa, o dal suo proprio ordinamento, o da un altro ordinamento, sempre però sulla base di quello, si considera come un ente dotato di una sua propria volontà, cioè quando la volontà, materialmente manifestata da certi individui, che sono elementi in senso ampio (membri, organi, amministratori) dell'istituzione, con le forme e per i fini che impone la sua struttura, è considerata come volontà dell'istituzione medesima ^{50 bis}.

^{50 bis} [Il FERRARA, *Persone giuridiche*, nel *Trattato* cit. del Vassalli, p. 25, nota 2 e p. 28, nota 1, ha osservato, contro la mia

Il che importa che ciò che si personifica non è che un ordinamento obbiettivo, atteggiato e congegnato in modo da poter produrre quell'effetto, da potere essere considerato come un ente capace di volere, o da se medesimo o da altri. Questa varia fonte della personalità spiega poi perché un ente possa talvolta costituire una persona pel suo proprio ordinamento e non per un altro (come per esempio si ha pei c. d. enti di fatto non riconosciuti come persone giuridiche dello Stato: v. oltre § 31) e viceversa come un ente non si consideri esso medesimo come persona (per esempio, certi Stati, per cui la volontà del sovrano ha valore come tale e non come volontà dello Stato stesso), mentre in altro ordinamento, come sarebbe quello internazionale, si considerano come persone: senonché è sempre necessario che l'ordinamento interno offra la possibilità della personificazione, che si tratti di un ente che, se non si attribuisce la personalità, dia almeno modo agli altri di attribuirgliela.

Se tutto ciò è vero, se ne può desumere che l'atto con cui si fonda una persona giuridica, è sempre un atto che pone diritto obbiettivo, anche quando, sotto altri aspetti, assuma una diversa figura: per esempio, quella di un qualsiasi negozio privato. Infatti, esso sarà sempre il

opinione formulata nel testo, che può esistere una persona giuridica che non abbia una propria volontà e che questa, ad ogni modo, serve per l'agire e non per l'essere della persona. Qu' non è il caso di esaminare la consistenza delle teorie, per dir così, volontaristiche della personalità: se tali teorie sono da respingersi, e non ci sembra che ciò possa farsi senza almeno conservarne gli elementi di verità che contengono, qualcuna delle osservazioni che ho fatto nel testo è da cancellarsi o da ritoccarsi. Resta però fermo il concetto fondamentale che la persona giuridica che sia un corpo sociale (e talvolta la personalità è attribuita ad entità astratte o ideali, ad enti non umani, a dei, a santi, ecc.) è un ordinamento giuridico, un'istituzione che da se stessa o da altro ordinamento è considerata come titolare di poteri, diritti ed obblighi].

suo «statuto» o la sua «tavola di fondazione», insomma, comunque lo si designi, la sua legge fondamentale. La dottrina non sempre ha saputo distinguere questi due aspetti che il medesimo atto può assumere, a seconda che lo si consideri dal punto di vista dell'ordinamento chiuso nella persona giuridica, o di altro ordinamento, che può venire in considerazione, e che, di regola, è quello dello Stato: donde una serie di questioni che non hanno ragion d'essere e che sono, ad ogni modo, male impostate. E così si può anche spiegare meglio il motivo per cui lo Stato interviene col suo c. d. riconoscimento, quando la persona giuridica deve spiegare degli effetti per diritto statale. Senza volere qui affermare che si debba ricercare in quest'ordine di concetti la spiegazione dell'antico principio, che raffigurava come una *lex specialis* l'attribuzione o il riconoscimento della personalità da parte dello Stato, sembra che, da questo punto di vista, possa esser meglio lumeggiata la natura dell'atto medesimo.

§ 21. La concezione del diritto, che abbiamo sviluppata, ci permette, avvalendoci di semplici corollari, che da essa derivano, di prendere un deciso atteggiamento contro una certa tendenza, che va propagandosi, di considerare come metagiuridici alcuni fatti o momenti, che la dottrina tradizionale ha sempre, e ben a ragione, inclusi nel dominio del diritto. Soltanto è da riconoscersi che tale dottrina è più esatta e bene avvisata nelle conclusioni cui perviene, anziché nelle premesse da cui muove: anzi, partendo da quest'ultime, cioè dall'insufficiente concetto del diritto, cui si è accennato, essa non potrebbe giustificare quelle conclusioni, se di giustificarle sentisse il bisogno. Invece la più recente tendenza la quale non cambia affatto il punto di partenza, cioè

la nozione del diritto che adotta, ne deduce delle conseguenze, che sono più logiche, ma in realtà meno vere, e si possono quindi considerare — certo contro le intenzioni dei loro autori — come dimostrazioni per assurdo della inammissibilità del loro primo postulato.

Fra questi punti, che a torto si escludono dall'orbita del diritto, sospendendoli in una specie di limbo, conviene per ora annoverarne alcuni: di altri sarà fatta parola in seguito; di altri ancora, come degli accordi internazionali, in quanto dovrebbero, secondo un'opinione, considerarsi fuori del diritto internazionale, si è fatto cenno (§ 17).

1) Anzi tutto, è la potestà dello Stato che alcuni scrittori reputano una potestà di fatto, un attributo pre-giuridico dello Stato medesimo⁵¹. Questa concezione è, almeno fondamentalmente, suggerita dall'idea che il diritto sia da essa sempre e in ogni caso costituito, in modo che la sua posizione sarebbe quella di un limite *a quo*, di un *prius* dell'ordinamento giuridico. Tutt'al più, si fa la concessione che tale ordinamento, una volta emanato, limiterebbe quella potestà e ne farebbe quindi un potere giuridico, mentre tale carattere non avrebbe nel suo momento originario, nella sua prima

⁵¹ V. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906, p. 57 in nota [= 2^a ed. 1928]; PETRONE, op. cit., pp. 140 segg., 149; MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in *Rivista di dir. internazionale*, 1913, pp. 348, 358; *La responsabilità degli Stati*, ecc., p. 9 segg.; BRESCHI, *La volontà dello Stato nell'ordine giuridico internazionale*, in *Rivista di dir. internazionale* 1914, p. 422. Altri (OTTOLENGHI, *Intorno ai fonti del diritto internazionale pubblico*, in *Giurisprudenza it.*, 1902, p. 21 dell'estr.) ha poi detto che la capacità dello Stato corrisponde piuttosto alla capacità naturale che alla capacità giuridica dell'individuo. La dottrina infine, che sottopone lo Stato al diritto per effetto di un'autolimitazione del primo, in sostanza viene a dire che, solo in un momento posteriore al suo primo apparire, la potestà statale acquista carattere giuridico.

affermazione. Evidentemente, tale opinione si fonda sul principio, che abbiamo combattuto, che l'ordinamento giuridico statuale sia soltanto il complesso delle regole e dei precetti che lo Stato emana, avvalendosi del suo potere legislativo. Invece, Stato e ordinamento giuridico statuale non sono, come si è detto, due diversi fenomeni, e neppure diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l'identica cosa, e, quindi, ciò significa che un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola. Che essa poi sia potestà di porre *un* nuovo diritto, non vuol dire che precede *il* diritto: anche questa sua affermazione ed estrinsecazione si muove nell'orbita consentitale da un diritto preesistente, la cui prima vita è quella stessa di tale potestà. Se ciò è vero, se ne può dedurre la conseguenza che la teoria dell'autolimitazione dello Stato, qualunque sia l'elemento di verità che contiene, non può accogliersi nella formulazione troppo estesa che le è stata data ⁵². Sia pur vero che lo Stato si autolimita quando pone il suo ordinamento giuridico, non esiste alcun momento in cui esso non sia limitato, appunto perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento: la sua autolimitazione non può essere che un'ulteriore limitazione. La legge, quindi, non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto: è, invece, un'aggiunta al diritto preesistente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una mo-

⁵² V. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien 1880, p. 9 segg.; *Gesetz u. Verordnung*, Freiburg i. B. 1887, p. 199 segg.; *System*, pp. 95 segg., 214 segg. della trad. it.; *Allgemeine Staatslehre* ³, p. 367 segg.; RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli 1912, n. 94; ecc.

dificazione di esso ⁵³. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente; per annullarlo dovrebbe decretare la fine dello Stato stesso.

2) Strettamente affine alla precedente, se non sempre congiunta con essa, è l'opinione che fa subire alla personalità dello Stato una specie di decapitazione, in quanto la nega proprio nelle sue più alte manifestazioni, mentre la riconosce pienamente nelle altre subordinate. Secondo alcuni ⁵⁴, infatti, lo Stato potrebbe assumere la veste di persona solo in quanto non si presenta o agisce attraverso il suo organo sovrano, che sarebbe il potere legislativo da noi, il potere costituente altrove: e ciò perché tale organo si sottrarrebbe ad ogni possibile disciplina giuridica. E non si avverte che, se ciò fosse vero, l'unica conseguenza che logicamente se ne potrebbe trarre è che lo Stato, non solo non si dovrebbe, in questo suo aspetto, considerare come persona, ma non sarebbe suscettibile di essere preso in considerazione dal

⁵³ Da un punto di vista molto diverso, partendo cioè dall'opinione che un ordinamento giuridico non ha mai lacune, anche il DONATI, *Il problema delle lacune*, p. 136 segg., afferma che la legge nuova è sempre modificazione del diritto preesistente. Però, tale affermazione, dedotta da quelle premesse, non potrebbe valere per la prima legge.

⁵⁴ KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 395 segg., 434 segg.; *Ueber Staatsunrecht*, in *Zeitschrift f. das pr. u. öff. R.*, LI (1913), p. 4 segg.; DONATI, *Stato e territorio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 320 (il quale per equivoco attribuisce anche a me tale opinione); FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere*, Sassari 1914, p. 28; BRESCHI, nella *Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 421; ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. III, parte I, Roma 1915, p. 2 segg. [; sembra però che egli abbia abbandonata tale opinione nelle successive edizioni: 3^a ed., 1928, p. 39 segg.; ed. tedesca, p. 309 segg.]; *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*, Roma 1915, p. 10.

diritto: il potere legislativo (o, in altri Stati, il potere costituente) non sarebbe oggetto, ma soltanto premessa del diritto costituzionale. Il che poi sarebbe contrario alla verità, perché quest'ultimo regola non solo la struttura di tali poteri, che anzi pone esso stesso, ma anche la loro funzione, per lo meno dal lato procedurale e formale: secondo noi, per quanto riguarda il potere legislativo, anche dal lato sostanziale, per quanto parzialmente (§ 22 *sub* 4).

3) Per motivi in parte analoghi, si è anche negato che, dal punto di vista del diritto interno, abbia rilevanza giuridica il territorio dello Stato: esso sarebbe un elemento costitutivo di quest'ultimo e, quindi, fuori e prima del diritto ⁵⁵.

Così pure la cittadinanza, in quanto significa appartenenza allo Stato, sarebbe da per sé priva di valore giuridico, una condizione soltanto politica degli individui, un semplice presupposto di poteri e doveri giuridici ⁵⁶.

L'una e l'altra opinione — oltre che da una veduta anch'essa per noi inaccettabile, che esamineremo a momenti — sono alimentate dalla credenza che siano anteriori al diritto tutti gli elementi che determinano l'esistenza dello Stato. E ciò in base al seguente ragionamento: il diritto è posto dallo Stato; dunque lo Stato è prima del diritto; dunque è prima del diritto ciò che costituisce lo Stato. E non si avverte che quel che ricollega i diversi elementi da cui quest'ultimo risulta non è e non può essere che lo stesso ordinamento giuridico;

⁵⁵ MARINONI, *Dell'annessione della Tripolitania e della Cirenaica*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1912, p. 7 segg. dell'estr. [in *Scritti vari*, Città di Castello, 1933, p. 102].

⁵⁶ MARINONI, *Della condizione giuridica degli apolidi secondo il dir. it.*, in *Atti del R. Istituto veneto*, LXXIII, p. 147 segg. [e in *Scritti vari*, p. 201 segg.].

che è appunto tale ordinamento che determina la struttura statale ed assegna alle singole sue parti la condizione di suoi elementi; in altri termini che Stato e ordinamento giuridico statale sono la medesima cosa ^{56 bis}.

§ 22. Ma non soltanto avrebbero carattere extra-giuridico gli elementi costitutivi dello Stato, perché precederebbero la posizione del diritto, ma anche una serie importantissima di momenti della sua vita posteriore o resterebbero assolutamente esclusi fuori il dominio del diritto o sarebbero da questo considerati solo in qualche punto secondario e di riflesso. Le vedute, alle quali accenniamo, muovono anzitutto, implicitamente, dal solito postulato che l'ordinamento giuridico non sia che un complesso di norme, e, in secondo luogo, specificano e riducono lo scopo o, se si vuole, l'oggetto di tali norme ravvisandolo nei rapporti che possono intercedere fra vari subbietti: tutto ciò che non si traduce in uno di questi rapporti non sarebbe suscettibile di alcuna rilevanza giuridica. Sarebbe superfluo indugiarsi a combattere in modo speciale siffatti punti di vista, avendo per l'appunto cercato di dimostrare, nelle pagine

^{56 bis} [Del resto, che lo Stato sia un ente in sé e per sé non giuridico e che quindi al concetto giuridico di esso preceda un concetto di diversa natura, è, come si è avuta occasione di accennare, affermazione comune; v., fra i tanti, REHM, *Allg. Staatslehre*, pp. 11 segg., 159 segg.; JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, pp. 137 segg., 162 segg.; SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Tübingen 1905, p. 17 segg.; RANELLETTI, *Principii*, nn. 87-88, 91, 111; RAVÀ, *Lo Stato come organismo etico*, Roma, 1914, p. 1 segg.; MARINONI, *L'universalità dell'ordine giur. statale*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1916, p. 236, e in *Scritti vari*, p. 355; *La responsabilità degli Stati*, p. 20; DONATI, *La personalità reale dello Stato*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1921; ecc.].

precedenti, l'erroneità di ambedue i loro presupposti: cioè, l'identificazione del diritto obbiettivo con le norme, e la sua limitazione al regolamento dei rapporti fra più subbietti. Non sarà tuttavia inutile un breve cenno di alcune fra le più notevoli applicazioni, di cui quelle vedute sono sembrate suscettibili.

1) Si è già avuto occasione di accennare (§ 8) alla dottrina, secondo la quale la sanzione non potrebbe considerarsi un elemento essenziale del diritto, e abbiamo visto come la dimostrazione di tale veduta si sia fondata sul concetto che il diritto non sia che norma di rapporti fra più subbietti, per i quali stabilisce doveri e diritti. Altri, partendo da considerazioni analoghe, non ha negato che l'ordinamento giuridico poggi su un sistema di sanzioni o coazioni, ma ha ritenuto che ciò possa essere importante pel filosofo, non pel giurista. In altri termini, la sanzione sarebbe extragiuridica, appunto perché essa, « come garanzia dell'ordine giuridico, sarà da dedursi astrattamente dal complesso delle norme obbiettive », e pel giurista non vi sono che tali norme, singolarmente considerate rispetto ai doveri e ai poteri che ne derivano, indipendentemente dalla loro finalità riguardo al sistema giuridico ⁵⁷. L'osservazione ha quel fondo di verità, che anche noi abbiamo cercato di mettere in rilievo; soltanto è evidentemente inaccettabile la conclusione che se ne trae e che, partendo da un diverso concetto del diritto, si elimina da sé.

2) L'opinione inoltre, dianzi accennata, che non siano valutabili dal punto di vista giuridico il territorio dello Stato e la cittadinanza, non si basa soltanto sulla considerazione che essi concernono elementi costitutivi dello Stato e quindi, secondo quelle vedute, anteriori al

⁵⁷ MARINONI, *La responsabilità degli Stati*, p. 35 segg.

suo diritto, ma anche sulla considerazione che al giurista interessano i singoli rapporti che le singole norme determinano con riferimento a quegli elementi, e non alla loro posizione complessiva. Come ciò conduca ad una valutazione per lo meno incompleta e, perché tale, erronea di essi, si può vedere facilmente nelle dottrine di coloro che, abbandonando la prima delle suddette considerazioni, perché non hanno ritenuto che il territorio sia elemento costitutivo dello Stato, adottano invece soltanto la seconda. Allora, alla concezione assolutamente nichilista che sopra abbiamo accennato, viene sostituita un'altra, che, certo, corrisponde di più alla realtà, in quanto fa rientrare nel diritto ciò che è di sua pertinenza, ma ve lo fa rientrare soltanto da una piccola finestra e con delle gravi amputazioni. Così, nel diritto interno e a prescindere dal diritto internazionale, il problema circa il carattere del territorio dello Stato viene ristretto nei termini seguenti: quale rapporto giuridico intercede fra lo Stato e i sudditi riguardo al territorio stesso? ⁵⁸. Qui non interessa la risposta che si dà a questa domanda, ma importa rilevare che così viene soppresso il problema, che è il fondamentale, della posizione giuridica che il territorio ha in riguardo dello Stato: dato pure che esso non sia un suo elemento costitutivo (il che ci sembra inesatto), i poteri che lo Stato ha su questo oggetto debbono valutarsi in sé e per sé, prima che in quei momenti secondari e derivati, che concernono i suoi rapporti con i sudditi.

3) In sostanza, è sempre il medesimo errore, che si ripete in molti campi del diritto pubblico e, talvolta, del diritto privato, di non dare rilievo giuridico all'or-

⁵⁸ Così imposta il problema il DONATI, *Stato e territorio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 535 segg.

dinamento in cui un'istituzione si concreta, se non in quanto esso riflette i rapporti fra più subbietti. Una delle più assurde conseguenze, che si trae da tale concezione, e che pure incontra non pochi e autorevoli sostenitori ⁵⁹, è quella che nega carattere giuridico alle relazioni fra lo Stato e i suoi organi, intesi nel senso di uffici, o anche fra i vari suoi organi. Basta il semplice rilievo, che tali organi non sono subbietti di diritto, per trarre da questa osservazione giustissima, ricollegata ad un inesatto concetto del diritto, una serie di deduzioni che negano la realtà, secondo noi, più evidente. Fra tali organi si svolge, sotto gli occhi di ognuno, una serie di atti, di procedure importantissime pel diritto, che se ne occupa minutamente e ne fa oggetto di leggi, di regolamenti, di disposizioni di ogni genere; ma tali relazioni non avrebbero carattere giuridico — e non si sa quale altro carattere potrebbero avere — solo perché si esauriscono nell'interno dell'organizzazione statuale. Che se poi esse si traducono in atti che hanno qualche valore pei sudditi (il che non sempre avviene), allora non soltanto tali atti — si noti bene — ma anche i rapporti interorganici, che li hanno preparati e preceduti, acquisterebbero importanza pel diritto: un'importanza, come si vede, indiretta e di straforo, un'ombra di vita, anzi una momentanea galvanizzazione. Cessato o perduto di vista quel rapporto, che non sarebbe che uno dei loro effetti e per giunta spesso non necessario, essi, per chi li osserva con occhi limpidi, continuano in realtà a svolgersi, a intrecciarsi e non arbitrariamente, ma secondo un ordinamento dei più complessi. Anche il giurista li vede

⁵⁹ V. fra i più espliciti, JELLINEK, *System*, p. 213 segg. della trad. it., e, per ultimo, RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, nn. 116 segg., 174.

e non può non vederli, ma egli, che del diritto si è formata un'idea, da cui non pensa di allontanarsi, crede che siano « ombre vane fuor che nell'aspetto ».

Questo non è certamente il luogo di esaminare il concetto e la natura degli organi dello Stato, impersonalmente considerati come suoi uffici, se le relazioni fra di essi debbono raffigurarsi come rapporti riflessivi dello Stato stesso, o altrimenti. Qui importa soltanto rilevare che, non soltanto tali relazioni, ma la posizione di ciascun organo di fronte allo Stato non si può determinare partendo dalla comune concezione del diritto. Questa infatti non soltanto conduce a quelle conseguenze, di cui si è fatta parola, ma, ove si applichi rigorosamente, porta all'affermazione ⁶⁰, che il concetto di organo ha un valore nullo giuridicamente: di importanza giuridica potrebbe essere soltanto il rapporto fra lo Stato e le persone preposte ai suoi uffici. Senonché questa veduta è evidentemente inammissibile. Essa, in quanto attribuisce valore giuridico solo a quei momenti dell'organizzazione statuale che implicano rapporti con i funzionari, ha il medesimo difetto di quell'altra, che agli atti di tale organizzazione attribuisce rilevanza giuridica solo in quanto interessano rapporti coi sudditi: le sue dottrine potrebbero completarsi e si completano a vicenda, e non si comprende come qualche sostenitore della seconda abbia rifiutato la prima. Però, anche fuse e reciprocamente completate, esse non rendono certo tutto il fenomeno dell'organizzazione dello Stato. Tale fenomeno invece apparirà pienamente e intrinsecamente giuridico quando si accetti il principio che abbiamo posto

⁶⁰ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 623 segg. [Diversamente nella sua opera più recente *Le persone giuridiche*, nel *Trattato* del Vassalli, p. 89 segg.].

in generale, che il diritto non è solo norma di rapporti, ma è, soprattutto e prima di tutto, organizzazione. Il primo problema infatti, che si propone l'ordinamento giuridico statuale e così quello di qualsiasi altro ente, non è come si debbano regolare i rapporti dello Stato coi sudditi e coi funzionari, ma è l'altro circa il modo con cui si debbano distinguere i suoi uffici, coordinarli, separarli, raggrupparli, sottoporre o anteporre gli uni agli altri, controllarli e così via. Soltanto dopo vengono in considerazione i funzionari, e questi — in linea principale — non come subbietti di diritti o doveri, con cui si è in certi rapporti, ma come mezzi per far volere o fare agire lo Stato. Il diritto (e qui è il lato debole della dottrina della rappresentanza), non li tratta come persone che vogliono o agiscono per lo Stato, ma come uomini che fanno volere e fanno agire lo Stato: essi potrebbero essere anche un esercito di schiavi, giacché ciò che importa — in questo momento — non è la loro capacità giuridica, ma la loro capacità naturale. E tutto ciò postula anche il principio che nel diritto rientra non solo la volontà già formata o l'azione già spiegata dallo Stato in confronto con altri subbietti, ma quel che rende giuridicamente possibile la formazione di tale volontà o il concretarsi di tale azione.

4) E sono molti i problemi più particolari ^{60 bis}, in cui si ripercuote la falsa concezione, della quale abbiamo fatto parola. Uno dei più importanti e dei più tipici è quello che concerne i limiti della funzione legislativa. Se e in che modo tale funzione sia giuridicamente limitata, è, secondo noi, questione che deve ri-

^{60 bis} [Fra questi problemi merita di essere notato anche quello della rappresentanza politica: v. i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XI, § 3, specialmente n. 6].

solversi non in astratto, ma secondo i vari diritti positivi: e, per quanto concerne il diritto italiano, abbiamo altra volta affermato l'esistenza di diversi limiti ⁶¹. La possibilità invece di questi vincoli è stata, in linea generale, negata da alcuni — nel campo del diritto interno — perché lo Stato né avrebbe né potrebbe avere alcun dovere giuridico verso i sudditi di emanare o non emanare una legge ⁶². Le norme del diritto costituzionale, che parlano di vincoli siffatti, dovrebbero intendersi nel senso che esse stabiliscono soltanto doveri verso lo Stato delle persone fisiche che costituiscono gli organi legislativi. Evidentemente questo modo di vedere parte dalla concezione che esclude dalla sfera del diritto le relazioni che non intercedono tra due o più subbietti e quindi, nel caso presente, che non si svolgono fra lo Stato e i sudditi o i suoi funzionari. Viene così sfuggita la giusta impostazione del problema, che dovrebbe indagare se, in un dato ordinamento, gli organi legislativi siano tenuti — o verso lo Stato, o nelle loro reciproche relazioni, o anche nella loro stessa posizione considerata in sé e per sé — a rispettare certi limiti ⁶³.

⁶¹ Nello scritto *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministr. it.*, I, 1902. [V. adesso i cit. *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XXII, § 1, n. 2].

⁶² TRIEPEL, op. cit., pp. 268-9. In senso conforme: ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna 1905, p. 205 nota 2, il quale afferma che i soli limiti giuridici che incontra lo Stato moderno nella sua funzione legislativa sono quelli derivanti dal diritto internazionale, «per l'impossibilità di trovare, in ogni altro caso, un subbietto corrispondente all'obbligazione giuridica dello Stato».

⁶³ Si ponga mente al diritto della Chiesa, per cui anche la suprema autorità legislativa è vincolata giuridicamente dall'*ius divinum*, senza che a questo suo vincolo corrisponda il diritto di alcun subbietto.

§ 23. Come si può facilmente desumere da quanto si è detto, la definizione, che abbiamo delineata e sviluppata, del diritto in senso obbiettivo non è senza importanza anche per le dottrine che concernono il diritto in senso soggettivo. Qui non possiamo dilungarci su questa materia, che involge problemi così difficili e così disparati, ma certo sono vari i concetti e gli istituti che si potrebbero lumeggiare o anche rettificare.

E, anzi tutto, il concetto di rapporto giuridico che, nell'odierna dommatica, quando non si è eccessivamente allargato fino a fargli perdere ogni consistenza ⁶⁴, viene spesso ristretto, non meno eccessivamente, alle relazioni intercedenti fra due o più persone, credendo che solo tali relazioni rientrino nella materia che forma oggetto del diritto obbiettivo, mentre questo invece ha, come si è visto, ben più larghe braccia. La conseguenza di siffatta opinione non è solo quella che ritiene fuori il diritto — pregiuridici o extragiuridici — dei momenti che invece vi sono essenzialmente compresi, ma anche di deformare altri concetti, per ridurli a quello di rapporto, inteso nel senso suddetto.

Fra tali deformazioni si possono accennare quelle che talvolta si son fatte subire al concetto di *status* ⁶⁵,

⁶⁴ Il Kelsen, *Hauptprobleme* cit., p. 705 segg. ha concepito il rapporto giuridico come il rapporto di un subbietto con l'ordinamento giuridico: il che, del resto, era stato sostenuto, prima di lui, dal CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa*, Torino 1909, p. 10 segg. [2^a ediz., Firenze 1935, p. 12 segg.]. Non già che tale veduta sia in se stessa erronea; ma sembra che essa concerna una cosa ben diversa da quella che si prende in considerazione quando si parla, nel senso tradizionale, di rapporto giuridico.

⁶⁵ V. su tale problema: REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, p. 91 segg.; ARANJO RUIZ V., in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXI, p. 237 segg.; CICU, *Il concetto di «status»*, Napoli 1914 (estr. dagli *Scritti in onore del Simoncelli*).

quando, come è avvenuto per lo *status civitatis* e come potrebbe avvenire per altri, non lo si è addirittura negato, appunto perché non rapporto giuridico, ma semplice presupposto di rapporti ⁶⁶.

Così pure, è, secondo noi, inesatto definire i diritti reali, mettendo in rilievo il loro lato c. d. esterno, cioè il rapporto del loro subbietto con altre persone, il potere del primo di escludere gli altri dalla cosa e di proibire che lo impediscano nell'uso di essa. Invece, il lato fondamentale e principale del diritto reale è, a nostro avviso, la signoria che si ha sulla cosa, signoria che, pel pregiudizio accennato, si considera spesso, al contrario, come *res merae facultatis*, giuridicamente indifferente. Se il diritto reale si vuol concepire come un rapporto e, nello stesso tempo, colpirlo nel suo vero contenuto, non c'è altra via che di ammettere che un rapporto giuridico possa aversi fra una persona e una cosa.

Da tutto ciò la conseguenza che, da un lato, al concetto di rapporto giuridico si può, conformemente alla tradizione, mantenere un'estensione più larga di

⁶⁶ V. l'opinione sulla cittadinanza, sopra accennata, del Marinoni. E non soltanto il concetto di *status*, ma anche quello della personalità è logico che venga, da tale punto di vista, distrutto, frantumato nei singoli rapporti, che vi si ricollegano. Così lo stesso MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 351 in nota, afferma: « la personalità giuridica di un subbietto — quale si sia l'ordine giuridico che la conferisce — non può essere costituita che dall'attribuzione, in e per quest'ordine giuridico, di uno o più diritti, di uno o più doveri, cosicché non si può attribuire né riconoscere la personalità indipendentemente da determinati diritti o da determinati doveri, che solo possono costituirla e caratterizzarla ». Altri poi (JELLINEK, *System*, p. 31 della trad. it.) ha concepito la personalità complessivamente considerata come un rapporto: essa « non è soprattutto un essere, ma un rapporto che intercede tra un subbietto e altri subbietti e l'ordinamento giuridico ».

quella che talvolta, adesso, gli si vuole attribuire. Dall'altro lato, non occorre ravvisarne, dove essa effettivamente non esiste, la figura, solo in base all'erroneo presupposto che altrimenti non sarebbe possibile la valutazione giuridica di certi fatti o momenti o posizioni. Da questo punto di vista, ci sembra che siano da farsi molte riserve in ordine alle dottrine che, nel diritto processuale, hanno fatto un uso non sempre facilmente giustificabile e non necessario del concetto di rapporto.

Una volta poi stabilito che l'ordinamento giuridico non regola soltanto dei rapporti, tanto meno intesi nel senso di relazioni tra corrispondenti diritti e obblighi, viene a mancare ogni fondamento alla teoria, comunemente ammessa, ma spesso contraria al diritto positivo, che ad ogni obbligo giuridico di un soggetto debba necessariamente corrispondere il diritto di un altro soggetto. Tale teoria, che potrà esser vera nel campo del moderno diritto privato, almeno nella maggior parte dei casi, non può sostenersi per quanto concerne il diritto pubblico, il quale, anche adesso, e più evidentemente negli ordinamenti anteriori all'attuale, ci mostra una serie di obblighi degli enti pubblici, cui non fa riscontro alcuna pretesa in favore dei sudditi⁶⁷. Il che è notevolmente importante per la retta impostazione di molti problemi, sia generali, come quello della natura dei diritti pubblici dei singoli, sia più particolari, come, ad esempio, quello, dianzi accennato, dei limiti della funzione legislativa. Si può anzi andare più in là, e questa concezione può servire per valutare, più esatta-

⁶⁷ V. qualche osservazione in questo senso in CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1915, p. 143 segg.; CARNELUTTI, *La prova civile*, I, Roma 1915, pp. 59-60 in nota; [e adesso molti altri autori: v. i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VIII, § 2, n. 4, e, per ultimo, G. MIELE, *Principii di dir. amministr.*, Pisa 1945, § 4].

mente di quel che non si faccia, il significato e la portata della proposizione reciproca, che ad ogni potere pubblico corrisponda un dovere dei sudditi: questa correlazione si deve intendere in senso generico e, più che nell'ambito specifico di rapporti concreti, nella posizione complessiva che agli enti pubblici è fatta di fronte ai singoli e viceversa.

Osservazione quest'ultima che, assieme alle precedenti, può servire a dimostrare l'inammissibilità dell'opinione, che di recente è stata da più parti accennata⁶⁸, che di fronte al diritto obbiettivo tutti i subbietti siano da considerarsi eguali. Questa veduta, evidentemente, muove dal preconetto, che l'ordinamento giuridico non contempli che dei rapporti fra diritti e obblighi, singolarmente determinati e attribuiti dalla norma, e che quindi esso prescinda dalla posizione reciproca dei subbietti, in quanto non si traduca in uno di tali rapporti, in cui diritti e obblighi si corrispondono. Così la soggezione dei singoli di fronte allo Stato sarebbe pregiuridica e conformerebbe la tesi parallela, che si è esaminata nel § 21, che uguale carattere vede nell'*imperium* statale: là dove domina il diritto, non si avrebbe che il rapporto giuridico « rapporto di reciproca ed eguale impu-tazione ». Tale tesi forse non sarebbe da ritenersi esatta, nemmeno dal punto di vista limitato del concetto di rap-

⁶⁸ PETRONE, op. cit., p. 140 segg.; MARINONI, *La rappresentanza di uno Stato da parte di un altro Stato*, Venezia 1910, p. 260 segg.; *La responsabilità degli Stati* cit., p. 9 segg.; KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. X, 225 segg., 702 segg.; SCHENK, *Die Abgrenzung des öffentlichen u. privaten Rechts*, in *Oesterr. Zeitschrift f. öff. Recht*, I (1914), p. 72. Contro Kelsen, v. TEZNER, *System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte*, in *Oesterr. Zeitschrift* cit., I, p. 5 segg. e anche NAWIASKY, *Forderungs- u. Gewaltverhältnis*, p. 13 segg., in *Festschrift f. Zitelmann*, München u. Leipzig 1913.

porto giuridico. Comunque, è un'opinione che resta superata, quando si afferma che la posizione generica e complessiva dello Stato, cioè la sua potestà di supremazia, come quella dei sudditi, cioè la loro dipendenza e soggezione, rientrano nel campo proprio dell'ordinamento giuridico, anzi non sono e non possono essere determinati che da quest'ultimo.

§ 24. Non soltanto, dunque, esigenze d'ordine astratto, ma anche il bisogno di evitare che a molti problemi concreti — di cui siamo venuti accennando alcuni — si dia una soluzione che non ci sembra esatta, giustifichino la nozione che del diritto abbiamo data. Che se ad esso abbiamo rivendicato i confini, che, dopo tutto, sono quelli che la tradizione gli ha sempre materialmente assegnato, pur senza averne tentato l'esatta definizione teorica, ciò era ormai necessario, di fronte ad una tendenza che troppo lo depauperava e, per giunta, lo svisa in quel ristretto campo che gli accorda. Siffatta rivendicazione abbiamo voluto tentare, mantenendoci rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto ed evitando ogni veduta giusnaturalistica. Il concetto di istituzione, nel quale abbiamo rinvenuto, anzi col quale abbiamo identificato quello di ordinamento giuridico, è il concetto più positivo che una dottrina giuridica può assumere a suo fondamento: l'istituzione non è un'esigenza della ragione, un principio astratto, un *quid* ideale, è invece un ente reale, effettivo. Dall'altra parte, noi tale ente abbiamo considerato, non dal punto di vista delle forze materiali che lo producono e lo reggono, non in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdipendente con altri, non in riguardo ai nessi di cause ed effetti che vi si ricollegano, e quindi non sociologicamente, ma in sé e

per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico, anzi è un sistema di diritto obbiettivo. Ci siamo, naturalmente, dovuti spingere sino alle ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica, ma non le abbiamo mai oltrepassate. E, mentre la teoria comune è costretta a delimitare il campo del diritto astrattamente e quindi non senza incertezza, noi abbiamo tentato di concludere il diritto in se medesimo, cioè in un'entità obbiettiva, che è il suo principio, il suo regno e la sua fine.

E non sarà superfluo ripetere che il concetto, che abbiamo formulato, del diritto obbiettivo, non vuole eliminare (tutt'altro!) quello per cui esso si raffigura come norma o complesso di norme (v. sopra *passim* e specialmente § 10). Soltanto, si è voluto dimostrare la necessità che quest'ultimo si includa nel primo, come concetto meno esteso e secondario, che non può esattamente definirsi e valutarsi se lo si isola dal tutto di cui fa parte e con cui è in connessione organica. Per noi, tutte le norme che si rinvencono in un determinato diritto positivo non sono che elementi di un più ampio e complesso ordinamento e poggiano su di esso, che ne è la base necessaria e immancabile. Per limitarci al diritto statuale, ci sono dei rami di esso, in cui l'elemento norma è quello che campeggia e lo si può persino ritenere — fino a un certo punto — esclusivo: così per esempio, il diritto privato e il diritto penale, nonostante che, pel primo, abbiamo visto che certi suoi aspetti non si intendono o si intendono male, se si prescinde dalla nozione più larga di ordinamento giuridico. Si ricordino, fra questi aspetti o momenti, le persone giuridiche e certe altre istituzioni, come la famiglia, di cui si afferma, ma non si definisce esattamente l'unità, o come

l'azienda, impropriamente relegata fra le *universitates* delle cose inerti. Per certi altri rami poi del diritto statale, la nostra dottrina acquista una maggiore evidenza. Il diritto costituzionale non si esaurisce nelle norme che regolano i rapporti dello Stato, anzi contempla, prima di tutto e per la sua massima parte, lo Stato in sé e per sé, nei suoi elementi, nella sua struttura, nelle sue funzioni, che, come quella legislativa, non danno luogo a rapporti singoli e concreti. Esso è il regno in cui il punto di vista del diritto come istituzione è così deciso ed esteso che dimenticarlo o negarlo significa annullare, o quasi, tutto il diritto costituzionale. Ma anche il diritto amministrativo, prima di disciplinare i rapporti che nascono dalla funzione amministrativa, è il diritto che stabilisce l'organizzazione degli enti che la esercitano. Ugualmente, il diritto processuale, nei suoi ulteriori svolgimenti, si fonda sull'organizzazione del potere giudiziario, e così via. Onde avviene che nelle trattazioni scientifiche di questi rami del diritto, quando dall'esposizione, che concerne i momenti in cui un'istituzione si presenta e si afferma nella sua struttura, si passa a quella delle parti in cui prevale il punto di vista del diritto come norma, si ha come la sensazione di un mutamento d'ambiente e la trattazione assume un tono diverso. Ciò è perfettamente naturale e necessario perché corrisponde a diversi momenti e aspetti del diritto. Ma chi non sa spiegarsi questa necessità e crede che il vero, il puro diritto sia dove domina soltanto la norma, è posto da quella sensazione in uno stato di disagio e di malessere, ed è spinto spesso ad escludere, quasi sempre a limitare la trattazione delle altre parti. Così, specie nella dottrina tedesca, gli amministratoristi sorvolano di frequente sulla teoria dell'or-

ganizzazione amministrativa⁶⁹, e, nel campo del diritto processuale, anche presso di noi, si trascura molto il c. d. ordinamento giudiziario e lo si riduce a poche nozioni preliminari. Conseguenze queste estrinseche, indirette e spesso inavvertite, ma sintomatiche, della concezione unilaterale del diritto, che abbiamo cercato di integrare^{69 bis}.

⁶⁹ V. le osservazioni di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*², I, pp. 17-18, sull'opportunità pel diritto amministrativo tedesco di escluderne la trattazione dell'organizzazione amministrativa, rimandandola al diritto costituzionale o allo *Staatsrecht*. Si tratta evidentemente di un semplice espediente, per evitare di unire assieme due esposizioni in ciascuna delle quali prevale un punto di vista diverso. Nella prima edizione del suo trattato (I, p. 14), il medesimo A. si era spinto più in là e aveva affermato che l'organizzazione amministrativa non è necessariamente ordinamento giuridico [diversamente nella 3^a ed., 1934, I, p. 18]. Tale opinione è, del resto, comune nella dottrina germanica: v. specialmente lo scritto dell'ANSCHÜTZ, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, nell'*Archiv. f. öff. Recht*, V.

^{69 bis} [Non è facile riassumere i vari atteggiamenti della dottrina in riguardo alla nostra opinione che identifica il concetto di ordinamento giuridico con quello di istituzione intesa nel senso che abbiamo attribuito a tale parola.

Non tenendo conto di certa letteratura e di certe critiche, che appaiono evidentemente sfornite di consistenza scientifica e dimostrano un'assoluta incomprensione dei problemi fondamentali della teoria generale del diritto, è da notare che la mia concezione ha incontrato resistenze specialmente fra i filosofi del diritto e fra i giuristi che se ne sono occupati dal punto di vista filosofico. V. gli scritti già citati nella nota 33 *bis* e altrove di Del Vecchio, Miceli, Cesarini Sforza, Volpicelli, Crisafulli, Capograssi, Bobbio, e, inoltre, di CAMMARATA, *Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, I, Roma 1925, pp. 49 segg., 158 segg.; *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania 1926; CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1931, p. 585; PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico*, Torino 1934, p. 44 segg.; PERTICONE, in vari scritti e per ultimo in *La théorie du droit*, Paris 1938, p. 49 segg.; BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, II, Roma 1940, p. 170; ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Milano, 1941,

pp. 103, 143, 278, ecc. Non è sempre agevole però precisare fino a che punto e in che senso alcuni di questi autori siano contrari alla mia concezione e, tanto meno, se l'abbiano intesa sempre esattamente. Talvolta, infatti, essi la respingono in sé e per sé, ma poi ne fanno applicazioni che logicamente ne presupporrebbero l'accettazione. Altri riconoscono che io nel delinearla non l'ho avuto, come ho espressamente dichiarato, intendimenti filosofici, ma ciò nonostante insistono nella critica di essa in sede filosofica (p. es., Bonucci, Perticone). Altri, invece, pur negandole valore filosofico, vi aderiscono, come si è notato, sul terreno della dommatica giuridica (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi). Non mancano inoltre autori che l'accettano anche ai fini della filosofia del diritto: MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, Palermo 1925, p. 127, e in altri scritti, come in *Principii di dir. penale*, 2ª ed., Bologna 1937, I, nn. 2 e 3; e, almeno in parte, CARLINI, in *Nuovo Digesto it.*, Torino, IV, 1938, p. 887, voce *Diritto*, n. 7. Fra i giuristi, sempre a prescindere dai non pochi che hanno frainteso assolutamente il mio pensiero, v. in senso contrario: FERRARA, *Trattato di dir. civ.*, I, p. 13 nota; ORLANDO, nei due scritti citati, nonostante che egli abbia respinto parecchie delle critiche che mi sono state rivolte; MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Palermo 1933, p. 311; CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova 1936, p. 135 segg., sebbene egli sia contrario alla teoria normativistica; dello stesso A., v. anche *La personalità giuridica delle associazioni professionali*, Padova 1931, p. 152; MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, p. 58 segg., almeno sostanzialmente; GUELI, *Regime politico* ecc., cit., specialmente pp. 126 segg., 212; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano 1943, p. 71 segg., nonostante il riconoscimento di alcuni risultati che avrei raggiunto (v. anche pp. 108 segg., 120 segg.); ecc.

Si possono invece annoverare fra gli aderenti, in tutto o in parte, oltre gli scrittori sopra citati, che respingono la mia opinione dal punto di vista filosofico, ma l'accettano dal punto di vista giuridico (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi) e oltre il Maggiore pure citato: CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, Roma 1922, p. 32; MASTINO, *Analisi critica delle più recenti teorie sul concetto e i caratteri della legge in senso materiale*, Cagliari 1923, p. 187 segg.; F. RUFFINI, *Corso di dir. eccles.*, I, Torino 1924, p. 70; A. LEVI, *Saggi di teoria del dir.*, Bologna 1924, p. 70; BRESCHI, *La Società delle Nazioni*, p. 87 segg.; CERETI, *L'ordinamento giuridico internazionale*, Genova 1925; FEDOZZI, op. e loc. cit.; LONGHI, in *Diritto del lavoro*, 1927, I, p. 903; SALEMI, ivi, 1930, I, 244 segg.; *Corso di dir. corporativo*, Padova 1935, p. 77 segg.; BALDONI, opp. e loc. cit.; ROCCO (Arturo), *Lezioni di dir. penale*, Roma 1933, p. 42, e in *Annali di dir. penale*, 1935, p. 976; MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, Torino

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1933, I, n. 103; CARISTIA, *Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno*, Macerata 1919, p. 18 segg.; *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, 3^a ed., Catania 1935, n. 4; PARESCHE, *Diritto, norma, ordinamento*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 14 segg. dell'estr.; MONACO, opp. e locc. citt. e inoltre in *Dizionario pratico del diritto privato*, IV, p. 518 segg., voce *Ordinamento giuridico*; ZANOBINI, in *Enciclopedia it.*, XXXIII, p. 621, voce *Stato*; *Corso di dir. ecclesiastico*, 2^a ed., Pisa 1936, p. 10 segg.; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di dir. pubblico*, 1936, I, pp. 418, 419; *Principii di dir. amministr. cit.*, I, § 1; SINAGRA, *Principi del nuovo dir. costituz. it.*, Napoli 1935, p. 18 segg.; BISCARETTI DI RUFFIA, opp. e locc. citt., ed ora nel volume *Lo Stato democratico moderno*, Milano 1946, p. 43 segg.; SCHMITT, op. cit., p. 11 segg.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁶, I, § 1, nn. 10, 15, 16; § 4, nn. 20, 21, 23, ecc.

Di altri autori non sono sicuro di interpretare esattamente il loro pensiero. Il PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, p. 256 segg. e *passim*; il CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939, pp. 40, 65, e *Teoria generale del dir.*, Roma 1940, p. 95, 96, § 54; AGO, *Lezioni di dir. internazionale*, Milano 1943, p. 22 segg., sembra che ritengano coincidente il concetto di ordinamento giuridico con quello di organizzazione, e quindi di istituzione, e quest'ultimo con quello di un complesso o sistema di norme (o di comandi, secondo la terminologia di Carnelutti, o di valutazioni, secondo la terminologia di Ago). Senonché, non mi riesce di comprendere come un comando, una norma, una valutazione, che in sé e per sé non sarebbe giuridica, acquisti la giuridicità per la sua appartenenza ad un sistema di norme, di comandi o di valutazioni, cioè quando fa parte di un insieme di altre norme nessuna delle quali sarebbe di per sé giuridica: non-diritto più non-diritto non può essere uguale a diritto. Se poi per organizzazione, sistema ecc. si intende non un semplice complesso di norme, ma qualche cosa di diverso, non si ricade nel concetto di istituzione, intesa questa come ente sociale che non risulta soltanto da norme e in cui si concreta nella sua interezza e nel suo aspetto fondamentale e primario un ordinamento giuridico? In altri termini, gli autori adesso menzionati sembra che si fermino a metà della giusta strada. Il che si rivela anche nella terminologia da essi adoperata: la parola «organizzazione», infatti, è usata in senso molto improprio se deve designare solo un complesso di norme, che, considerato in sé e per sé, non è certo un'organizzazione.

Sui rapporti che il problema ha con l'altro concernente il carattere statale o meno del diritto, v. la letteratura citata appresso: nota 94 bis.

In sostanza, le obiezioni più importanti che si muovono alla teoria istituzionistica del diritto, quale è stata da me formulata, sono, riassunte molto brevemente, le seguenti:

1) il concetto di istituzione non appare chiaramente e precisamente definito. Su questo punto, v. la nota 30^{bis} e anche la nota 29^{ter};

2) il concetto di istituzione non è un concetto giuridico. È una osservazione evidentemente infondata, se si pon mente che esso è stato profilato come equivalente a quello di ordinamento giuridico e, quindi, non potrebbe essere più giuridico. V. la nota 30^{ter}, le pagine del testo cui essa si riferisce e quanto si è osservato nel § 24;

3) è un concetto tautologico. Nella stessa nota 30^{ter} e nel § 24 si è osservato che esso invece è una necessaria conseguenza ed una dimostrazione dell'autonomia del concetto di diritto, che non deve definirsi con riferimento a concetti od elementi non giuridici;

4) il concetto di istituzione presuppone quello di diritto, è anteriore a quest'ultimo e quindi non può risolversi in esso. In ordine a questo punto, è da rinviare a quanto ho detto nel testo specialmente nel § 15, e nelle note 30^{ter}, 33^{bis}, nel § 21, e nella nota 56^{bis};

5) il diritto esprime un'esigenza deontologica, mentre l'istituzione è un fatto e ciò che è non può identificarsi con ciò che deve essere. È evidente che con ciò non si fa che riaffermare la concezione normativa del diritto, senza aggiungere in sua difesa nessun argomento per ribattere quelli addotti contro di essa. È da notare che io non ho escluso il carattere normativo e relazionale del diritto, ma ho cercato di integrare, come mi pare necessario, questo carattere con quello istituzionale, mettendo in rilievo i rapporti in cui il primo sta col secondo. Sono convinto che siffatta necessità risulta, oltre che da esigenze d'ordine giuridico, anche da esigenze d'ordine filosofico di vario genere, quali sarebbero quelle attinenti alla distinzione del diritto dalla morale e dall'economia, in una parola dalle altre manifestazioni della c. d. attività pratica, nonché alla spiegazione della esistenza del *ius involuntarium* e della sua natura e allo stesso problema della funzione del diritto. Ma non voglio derogare al proposito di mantenermi in questo libro sul terreno strettamente giuridico. Mi limito, quindi, ad osservare che, quando all'ordinamento giuridico si attribuisce carattere esclusivamente normativo, ciò talvolta è forse suggerito dal rilievo che la scienza giuridica o, meglio, quella scienza giuridica che si chiama giurisprudenza, è una scienza normativa: si incorre così in un equivoco simile a quello in cui si incorrerebbe se dal carattere normativo della grammatica si volesse inferire un uguale carattere della lingua. Del resto, è ben noto che la teoria esclusivamente normativa della scienza giuridica è in declino: v., fra gli altri, BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino 1934;

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

PICCARDI, op. e loc. cit., pp. 260, 283; ZICCARDI, op. cit., p. 113; AGO, *Lezioni di dir. internaz.*, p. 43; GUELI, op. cit., p. 16 segg.; ecc.;

6) il concetto di ordinamento giuridico non può riferirsi a tutte le istituzioni, ma deve limitarsi allo Stato o, al più, a qualche altra istituzione. Si mostrerà appresso, nel capitolo secondo, l'infondatezza della più restrittiva di queste opinioni e l'arbitrarietà anche logica delle altre].

II.

LA PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI E LE LORO RELAZIONI

SOMMARIO: § 25. La pluralità degli ordinamenti giuridici e la dottrina che riduce ogni diritto a quello dello Stato. — § 26. Infondatezza di tale dottrina dal punto di vista storico e teorico. — § 27. Sua infondatezza anche rispetto al diritto attuale. — § 28. Ordinamenti giuridici non statuali: il diritto internazionale; — § 29. il diritto ecclesiastico; — § 30. gli ordinamenti di enti considerati illeciti o ignorati dallo Stato; — § 31. enti che sono regolati dallo Stato, ma che hanno anche un ordinamento proprio non riconosciuto dallo Stato (ordinamenti disciplinari privati; organizzazione interna di stabilimenti di lavoro; le c. d. associazioni o istituzioni non riconosciute ecc.). — § 32. Le dottrine che limitano il concetto di ordinamento giuridico all'ordinamento delle comunità in genere e in specie delle comunità necessarie. — § 33. Le relazioni fra i diversi ordinamenti giuridici. Principii da tenersi presenti in ordine: 1) alle istituzioni originarie o derivate; 2) ai fini particolari o generali delle istituzioni; 3) al loro diverso sostrato; 4) alle istituzioni semplici o complesse; 5) perfette o imperfette; 6) con o senza personalità; 7) indipendenti, coordinate, subordinate. — § 34. Concetto della rilevanza di un ordinamento per un altro. — § 35. Il titolo di questa rilevanza: a) la relazione di superiorità e correlativa dipendenza fra due ordinamenti; b) la relazione per cui un ordinamento è presupposto di un altro; c) la relazione per cui più ordinamenti reciprocamente indipendenti dipendono da un altro; d) la rilevanza attribuita unilateralmente da un ordinamento ad un altro dal quale è indipendente; e) la relazione di successione tra più ordinamenti. — § 36. Diversi momenti (dell'esistenza, del contenuto, dell'efficacia) in cui può espli-

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

carsi la rilevanza di un ordinamento per un altro. Casi in cui l'esistenza di un ordinamento dipende da un altro: *a*) completa subordinazione del primo rispetto al secondo, che lo pone direttamente o gli dà una limitata autonomia. Indipendenza, quanto alla sua esistenza, di un ordinamento in casi di subordinazione meno estesa (alcune sfere dell'ordinamento degli Stati membri di uno Stato federale rispetto a quest'ultimo; ordinamento degli Stati rispetto al diritto internazionale) e principii generali; — § 37. *b*) nell'ipotesi che un ordinamento sia il presupposto di un altro (diritto statuale rispetto al diritto internazionale). — § 38. La rilevanza di un ordinamento per un altro riguardo al loro contenuto. Vari casi: *a*) ordinamento superiore fonte immediata o mediata di un ordinamento inferiore; ordinamento superiore (diritto internazionale, concordati ecclesiastici) che non è fonte, ma influisce altrimenti sul contenuto di ordinamenti inferiori. — § 39. *b*) Ordinamento superiore che influisce sul contenuto di più ordinamenti sottoposti, ma fra loro indipendenti. — § 40. *c*) Ordinamento che determina da sé il proprio contenuto tenendo conto di altro ordinamento sottoposto o indipendente: il diritto internazionale privato; il diritto ecclesiastico, che rinvia a leggi civili; il diritto dello Stato che rinvia al diritto ecclesiastico. — § 41. *d*) Ordinamento che si incorpora in un altro. — § 42. La rilevanza di un ordinamento per un altro riguardo ai suoi effetti; efficacia esterna e interna di un ordinamento. Vari casi di efficacia esterna: *a*) nei rapporti fra più ordinamenti l'uno dipendente dall'altro totalmente o parzialmente; *b*) nei rapporti fra più ordinamenti indipendenti, per disposizione unilaterale di uno o di ciascuno di essi. Diritto internazionale privato; efficacia civile del diritto ecclesiastico: *c*) nei rapporti fra più ordinamenti di cui l'uno è presupposto dall'altro; *d*) nei rapporti fra più ordinamenti che si succedono l'uno all'altro. — § 43. Diversa estensione della rilevanza di un ordinamento per un altro. Applicazioni in ordine al problema delle c. d. obbligazioni naturali. — § 44. La irrilevanza di un ordinamento per un altro: totale o parziale, reciproca o unilaterale. — § 45. Ordinamento giuridico irrilevante come tale per un altro, ma rilevante sotto altri aspetti (ordinamenti considerati illeciti dallo Stato; organizzazioni industriali; o istituzioni di fatto). — § 46. La irrilevanza totale di un ordinamento per un altro: possibilità di tale irrilevanza anche rispetto all'ordinamento dello Stato. — § 47. Esame critico della dottrina contraria. Le limitazioni dell'ordinamento dello Stato; loro varie figure e conseguenze; esempi di materie indifferenti giuridicamente per lo Stato (ordinamenti disciplinari privati; alcuni ordinamenti religiosi; ordinamenti di alcune associazioni non patrimoniali, ecc.) — § 48. Gli ordinamenti interni di istituzioni, specialmente statuali, di fronte all'ordinamento di altre istituzioni in cui son comprese.

§ 25. Dal concetto di ordinamento giuridico, che si è dato nel precedente capitolo, si può dedurre il corollario, che ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni. Può darsi che talune di esse, come si è accennato (§ 12) e come si dirà meglio fra poco, siano fra loro collegate, in modo che i loro ordinamenti, mentre rimangono distinti sotto altri punti di vista, costituiscano invece, sotto altri punti di vista, parti di un più ampio ordinamento, cioè di una più ampia istituzione di cui quelle sono elementi integranti: ciò però non è necessario e tanto meno si ha un'istituzione così comprensiva da abbracciare tutte indistintamente le altre. Ciascuno Stato è, senza dubbio, da considerarsi, di solito, come un ordinamento affatto separato dagli altri Stati. E la stessa comunità internazionale, nonostante che sia un'istituzione di istituzioni, consta di un ordinamento che presuppone quelli dei singoli Stati, ma, affermando l'indipendenza e l'autonomia di essi, non li incorpora nel suo. Senonché questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati e anche, almeno nella dottrina più recente, per i rapporti fra il diritto internazionale e i diritti statuali, è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti. Per essi si pone, molto di frequente, la tesi che debbano tutti e senza eccezioni ridursi al diritto statale. Anzi, sarebbe lo Stato che imprimerebbe loro il carattere giuridico, sia quando li costituisce direttamente sia in quanto non fa che riconoscerli. Che se tale riconoscimento non si ha, come nel caso di istituzioni ostili allo Stato o comunque contrarie ai principii essenziali da esso posti a base del suo diritto, siffatte istituzioni sarebbero da considerarsi come antiggiuridiche, non solo rispetto a quest'ultimo, il che è naturale, ma

anche in sé e per sé. Non ci sarebbero così altri veri ordinamenti giuridici se non quello statale e quello interstatale: gli altri sarebbero pertinenze, immediate o mediate, del primo, elementi integranti del suo sistema, o, al più, suoi satelliti. Il diritto non sarebbe che una forza o una volontà, che si irradierebbe dallo Stato (nella comunità internazionale, da più Stati), e soltanto da esso ⁷⁰.

⁷⁰ La citazione degli innumerevoli scrittori, che sostengono questa tesi o vi si fondano come su un postulato che non ha bisogno di dimostrazione, sarebbe quasi impossibile. Ci limiteremo a talune indicazioni. Per la letteratura italiana, v.: FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, §§ 14, 112; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*³, Bologna 1906, pp. 58, 68 e specialmente 81 segg.; MICELI, *La norma giuridica*, p. 127 seg.; *Filosofia del diritto*, § 26 [; *Il concetto filosofico del dir. secondo G. Gentile*, in *Annali delle Università toscane*, 1920, pp. 12-13 dell'estr.]; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Roma 1917, p. 17 [3^a ed. 1921, p. 1]; *Istituzioni di diritto privato it.*², Roma 1917, n. 1 segg.; BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*⁴, Milano 1907, §§ 10 e 11; PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, p. 135 segg.; DALLARI, *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale*, Torino 1911, p. 422 segg.; RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, n. 39; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile it.*², Torino 1912, § 1; SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli 1913, n. 15 segg. [4^a ed., 1934, pp. 6, 50 segg.]; ARANGIO RUIZ G., *Istituzioni di diritto costituz. it.*, Torino 1913, n. 15 segg.; BARTOLOMEI, *Lezioni di filosofia del diritto*, I, Napoli 1914, p. 118 segg.; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1914, § 1 [*Istituzioni di diritto privato*, Milano 1942, § 1]; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli 1915, I, § 7 [DE RUGGIERO e MAROI, *Corso di istituzioni di diritto privato*, 1945, I, § 7]; V. DEL GIUDICE, *Il diritto ecclesiastico in senso moderno*, p. 52 segg.; MAGGIORE, *Il diritto nel suo processo ideale*, p. 107 e segg.; BONUCCI, *Il fine dello Stato*, Roma 1915, p. 44 segg. Per la letteratura straniera, v. fra i molti: IHERING, *Das Zweck im Recht*, cap. VIII; LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, u. Leipzig 1882, p. 412; BERHOLZHEINER, *System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*; III, München 1906, p. 322; JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, p. 364 segg.; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 97 segg., 405 segg.; *Ueber Staatsunrecht*, in *Zeitschrift f. das pr. u. öff. Recht*, XL, 1913, p. 9;

Intanto, questa tesi, oltre che col concetto astratto di diritto, che abbiamo delineato, ci sembra in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna, quale si svolge nella realtà.

§ 26. Che tale concezione sia relativamente recente, non è dubbio, almeno come concezione che affermi un principio teorico. Il che non esclude che, in certe epoche e specialmente nell'antichità, l'unico ordinamento giuridico che si sia preso in considerazione dai giuristi e dai filosofi sia stato quello statuale: né una estensione di tale limitato punto di vista sembra che possa rinvenirsi nell'idea, comunque intesa, che i romani ebbero dell'*ius gentium* o *naturale*, in rapporto all'*ius civile*. Ciò però non è avvenuto in forza di una teoria, della quale non è dato trovare delle tracce, ma per una serie di circostanze di fatto che lasciarono nell'ombra altri ordinamenti, che non si ebbe occasione di mettere in rilievo e di usufruire pel concetto generale del diritto in senso positivo. Nel medioevo, invece, per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità, spesso indipendenti o debolmente collegate fra loro, il fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza e imponenza, che non sarebbe stato possibile non tenerne conto. A prescindere da altri, che pure ebbero uno spiccato carattere di autonomia, basti ricordare il diritto della Chiesa, che, certamente, non si sarebbe potuto considerare come parte del diritto dello

[*Das Problem der Souveränität u. die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen 1920, specialmente p. 13 segg.].

[Nella letteratura posteriore al presente scritto, gli orientamenti della letteratura circa i rapporti fra Stato e diritto sono molto mutati: v. citazioni in seguito nella nota 94^{bis}].

Stato. Senonché, con l'affermarsi del c. d. Stato moderno e come conseguenza dell'allargarsi della sua forza e del suo predominio su altre comunità, fino allora indipendenti e ad esso, talvolta, antagonistiche, poté aversi l'illusione di avere unificato l'ordinamento giuridico e poté svolgersi, senza una troppo palese e stridente contraddizione con la realtà, la teoria che vede nello Stato il signore e l'arbitrio non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto.

Questa teoria, mentre dunque storicamente si spiega come un'inesatta valutazione e come un'esagerazione di un avvenimento che pure ha notevole rilievo (§ 27), deve poi dottrinalmente riannodarsi alla concezione naturalistica del diritto, con la quale, a prima vista, si direbbe in completa antitesi, mentre ne è un residuo dei più cospicui. È infatti proprio di tale concezione naturalistica raffigurare il diritto come l'attuazione concreta, che dovrebbe essere unica e uniforme, di un principio trascendente ed assoluto, della giustizia astratta ed eterna, e, in conseguenza, di negare il carattere di diritto a tutti gli ordinamenti sociali che non si possono considerare almeno come tentativi, sia pure imperfetti, di tale attuazione, o che, peggio ancora, si affermano ribelli a quell'idea di giustizia. La dottrina che vede nello Stato l'unico organo, come si suol dire, o l'unico produttore del diritto, si fonda evidentemente su così fatte vedute completate con l'altra — più recente in certi suoi sviluppi — che raffigura nello Stato l'ente etico per eccellenza. Soltanto la fusione di queste due teoriche potrà dar corpo a quella moderna della quale parliamo, divenuta predominante nei principii del secolo XVIII, e che continua ad essere affermata, anche da chi ne respinge i suoi fondamenti storici. Essa però è assolutamente inscindibile da quelle che già furono le

sue premesse: il che spiega come nei suoi più recenti assertori si rinvenga più un'affermazione che una vera dimostrazione della sua verità. E infatti non si saprebbe come teoricamente giustificarla, se non assumendo, da una parte, che il diritto positivo non possa e non debba essere che un prodotto del diritto naturale e, dall'altra, che l'unico ente che abbia, almeno oggi, veste di interpretare e tradurre nelle sue leggi il diritto naturale, sia lo Stato. E così si giunge a quella concezione dello Stato, di cui l'Hegel fu il più logico e il più suggestivo difensore. Se con tale filosofo si ammette che lo Stato è la totalità etica, che esso rappresenta l'ingresso di Dio nel mondo, che si deve onorare come un che di mondano-divino, e che anzi è un Dio reale⁷¹, allora si è dinanzi ad un sistema, che non si può scalzare senza contrapporgliene un altro. E chi lo segue, a patto però che, nel medesimo tempo, comprenda e racchiuda totalmente il fenomeno giuridico nel principio etico, può anche dispensarsi dal dare una più completa dimostrazione del suo assunto. Il quale, invece, non solo viene a mancare di base se cadono quelle premesse, ma si dimostra incompatibile con qualsiasi altra premessa diversa. Ond'è che non basta che, nelle sue formulazioni più recenti, si senta ancora l'eco — soltanto l'eco confusa e lontana — della limpida e precisa teoria hegeliana, se questa poi non si mantiene più viva se non nel ricordo delle sue frasi più espressive. Sia ciò detto di passaggio, a proposito di una delle ultime difese, che si sono accennate, più che svolte, della dottrina che riferisce l'ordinamento giuridico ad una sola volontà, quella dello Stato, affermando che essa deriva da un

⁷¹ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 257 segg. e aggiunte ai §§ 258-272.

bisogno mentale simile a quello che conduce all'idea di Dio: l'analogia fra il microcosmo giuridico e il macrocosmo dell'ordinamento dell'universo imporrebbe questa personificazione, che rende possibile la concezione di una volontà unica in un sistema armonico ⁷².

Da ciò che si è detto si può trarre la conclusione, che colui il quale concepisce lo Stato soltanto come una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana, e non ha motivo di attribuirgli una divinità, che si nega alle altre che l'hanno preceduto o che vivono contemporaneamente ad esso, deve altresì ammettere che l'ordinamento di queste sia da considerarsi come giuridico, non meno e non a titolo diverso dell'ordinamento statuale. Quale, infatti, potrebbe essere il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, per cui il primo non potrebbe altrimenti immaginarsi che come un prodotto del secondo? Non solo non si può dimostrare che questo nesso esista, ma si può dimostrare che non esiste ⁷³. Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è

⁷² Kelsen, *Ueber Staatsunrecht*, loc. cit. [Egli ritorna su questi suoi concetti in altri suoi scritti, affermando, fra l'altro, che all'onnipotenza di Dio nel mondo corrisponde l'onnipotenza dello Stato nel diritto e che la *Summa theologica* e la *Summa juridica* hanno uguale significato (*Das Problem der Souveränität*, p. 21 nota). Forse, se abbiamo ben capito, non è molto diversa la posizione del CARNELUTTI, quando (*Metodologia del diritto*, Padova 1939), dopo avere aderito al principio della pluralità degli ordinamenti giuridici (p. 40 segg.), afferma (p. 67): il « diritto, a ben guardarlo, si mostra come una sola, immensa istituzione. Di questa verità noi siamo ormai più o meno consapevoli, perché sappiamo che il diritto si risolve nello Stato ». V. anche la sua *Teoria gen. del diritto*, §§ 55, 56 e 57].

⁷³ Una dimostrazione di questo punto ha tentato, fra gli altri, STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, p. 396 seg., e in precedenti suoi lavori.

possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un'unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta.

Lo Stato non è dunque che una specie del genere « diritto ». La proposizione contraria, dal punto di vista filosofico, si dimostra inaccettabile, anzi tutto pel motivo che sono inaccettabili le premesse di cui vuole essere un corollario. In secondo luogo, perché incompatibile col concetto di diritto, che, come si è visto, è logicamente antecedente a quello di Stato. E, in terzo luogo, perché non può riconoscersi valore filosofico, cioè assoluto, ad un principio che, specialmente in certe epoche storiche, si è rivelato nel contrasto più aperto con la realtà.

§ 27. Molto spesso, però, la proposizione, che identifica il diritto con gli ordinamenti direttamente o indirettamente statuali, si afferma non tanto come teoria filosofica, ma come un principio di diritto positivo attuale, desunto dalla posizione che lo Stato avrebbe acquistato nell'epoca moderna, ben diversa dalla sua posizione anteriore. Anche ridotta a questi minimi termini, ci sembra che essa non sia da accogliersi.

Anzi tutto, è probabile che la sua origine non sia ad altro dovuta che al desiderio, sia pure inconsapevole, di non fare naufragare totalmente le vedute filosofiche, così profondamente suggestive, delle quali si è fatto cenno. Simili tentativi di salvataggio non possono esser mai destinati ad avere fortuna, ed appaiono, in ogni caso, sospetti. Una teoria, nata nel mondo della speculazione filosofica, se in questo mondo non si dimostra vitale, non ha probabilità di vivere nemmeno in quello

della scienza del diritto positivo: anzi non vi può vivere se non trasformandosi completamente, cioè non essendo più quella.

Ma, a prescindere da ciò, noi crediamo che lo Stato attuale sia dal diritto positivo atteggiato in modo da escludere che esso sia divenuto l'unico ente che decida del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali. L'opinione contraria trae profitto e argomenti in suo favore da un fatto storicamente vero, che però non si deve esagerare e neppure generalizzare. È vero che molti enti, che prima erano verso lo Stato indipendenti o, almeno, più indipendenti, sono stati adesso attratti nella sua orbita o, se già c'erano, in un'orbita ancora più ristretta. È altresì vero che, in conseguenza di ciò, il loro ordinamento giuridico si è talvolta fuso con quello statale, più o meno completamente. Ma è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. Se fosse poi il caso di abbandonarsi a profezie, sia pure facili, si potrebbe mettere in rilievo che è probabile che ad essa segua, in un futuro non lontano, un procedimento proprio inverso. La così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente⁷⁴. Comunque, mantenendoci sul terreno del diritto attuale, la nostra tesi può più facilmente dimostrarsi, in rapporto ad alcuni ordinamenti, ma è anche vera, come vedremo, per altri.

⁷⁴ V. il mio discorso, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, nella *Rivista di diritto pubblico*, 1910, p. 97 segg. [e in *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena 1931, p. 69 segg.].

§ 28. Anzi tutto, in rapporto al diritto internazionale. L'unica concezione veramente logica, che sia ammissibile partendo da quei presupposti, è quella che fu già sostenuta dall'Hegel, il quale, com'è noto, in base al principio che lo Stato non può essere sottoposto ad una volontà superiore alla propria ebbe ad affermare che il diritto internazionale non consiste in un volere generale costituito sopra gli Stati, ma si risolve nella volontà particolare di ciascuno di essi ⁷⁵. Senonché questa affermazione equivale, senza dubbio, ad una negazione del diritto internazionale, che si trasforma in un diritto pubblico esterno dello Stato ⁷⁶.

Il tentativo di trovare un mezzo termine, che valesse a salvare il domma della incoercibilità dello Stato se non per mezzo e col concorso della sua stessa volontà, e, nel medesimo tempo, l'autonomia del diritto internazionale, sembra che si risolva in un artificio di logica poco convincente. Senza ripetere le osservazioni fatte precedentemente (§ 17), alle quali ci richiamiamo, si può aggiungere che, in sostanza, la teoria adesso più comunemente accettata, oscilla, senza trovare il suo as-

⁷⁵ *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 333 segg. Questa tesi tenta adesso di rimettere in onore, da punti di vista diversi, VERDROSS, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in *Zeitschrift f. Völkerrecht*, VIII, 1914 p. 329 segg. [In generale è da tenersi presente la c. d. concezione monista della scuola viennese (Kelsen, Verdross, Merkl, Wenzel, ecc.), in quanto da alcuni dei suoi seguaci si afferma, in vario senso e con varie accentuazioni, un primato del diritto statale sul diritto internazionale, mentre altri, come è noto, affermano un primato di quest'ultimo sul primo].

⁷⁶ V. specialmente ANZILOTTI, *La responsabilità dello Stato*, p. 30 segg.; *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, p. 26 segg., in nota, e gli autori ivi citati, [nonché molti altri più recenti. Fra questi, v. in particolare il mio *Corso di dir. internazionale* ⁴ e gli autori menzionati retro alla nota 45^{ter}, che hanno aderito ai concetti esposti nel testo].

setto, fra due affermazioni contraddittorie: che il diritto internazionale dipende dalla volontà degli Stati e che si impone a tale volontà. Per conciliare questa antitesi, si ricorre all'espedito di distinguere i due momenti, in cui si attuerebbero il primo e il secondo dei suddetti principii. Ma resta da osservare che il diritto internazionale appare veramente diritto solo in quanto vincola e domina la volontà statale, cioè in quanto la trascende e si afferma come entità a sé, che, secondo noi, è l'ordinamento della comunità internazionale, cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati. La costellazione massima dell'universo giuridico non è dunque lo Stato, ma tale comunità, in cui esso si compenetra, sia pure in minor grado di quanto altri enti non si compenetrino, alla loro volta, nello Stato.

Da questo punto di vista, si comprende meglio la separazione, che ormai è generalmente ammessa, fra l'ordine giuridico statale e quello internazionale: donde la possibilità che il primo contenga elementi contrari a quelli del secondo, e viceversa, senza che ciò infirmo o detragga qualche cosa al loro rispettivo carattere giuridico. Ciascuno di essi è indipendente ed ha una propria autonomia, in modo che nel suo ambito esplica liberamente la sua vita e la sua forza. Partendo da premesse diverse, il contrasto fra il diritto internazionale e quello statale non dovrebbe ritenersi ammissibile.

§ 29. E c'è, in secondo luogo, un altro ordinamento, quello della Chiesa, che non si può, senza disconoscerlo e annientarlo, ridurre a quello statale. Esso, infatti, è servito, a coloro che l'hanno contemplato senza preconcetti e nella sua realtà, a negare l'identificazione di tutto il diritto con quello dello Stato: anzi parecchi scrittori sono pervenuti ad un'esatta (da questo punto

di vista) concezione del diritto in generale, per l'ap-
punto movendo dalla considerazione dell'ordinamento
ecclesiastico. Ed è strano che ciò ad essi si sia talvolta
rimproverato o come una petizione di principio o, peg-
gio, come una tendenziosità, anzi un'insidia ⁷⁷: quasi
che il diritto si dovesse o si potesse definire — dal giu-
rista — prescindendo da quegli ordinamenti, che nella
realtà si affermano come giuridici e che come tali sono
stati sempre considerati.

Che l'ordinamento della Chiesa derivi il suo carat-
tere giuridico da quello dello Stato ⁷⁸, è una tesi che è
nel più evidente contrasto con gli elementi essenziali,
così del primo come del secondo. Anzi tutto, è da osser-
vare che il diritto statale, che concerne materie eccle-
siastiche, è sempre — in ogni Stato — di un ambito
molto più ristretto che non l'ordinamento posto dalla
Chiesa: donde la necessità logica, in cui si trova quella
dottrina, di ritenere agiuridici, specie nell'epoca pre-
sente, una serie di istituti, che tradizionalmente sono
stati sempre designati come istituti di diritto: il diritto
matrimoniale canonico, il diritto penale canonico, il di-
ritto sacramentale in genere, e così via ⁷⁹. Che essi non
siano più rilevanti pel diritto statale, almeno diretta-

⁷⁷ V. questo rimprovero in PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa 1905, p. 127; DALLARI, *Il nuovo contrattualismo*, p. 438; DEL GIUDICE, *Il diritto ecclesiastico in senso moderno*, pp. 45-46. [Di questo Autore v. però in senso diverso gli scritti posteriori, che avremo occasione di citare appresso].

⁷⁸ V. oltre gli autori cit. nella nota precedente, THUDICUM, *Deutsches Kirchenrecht*, Leipzig 1887, I, p. 6; JHERING, op. e loc. cit.; JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* ³, p. 367 (qualche attenuazione nel *System*, pp. 302-303 della traduzione it.); RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, pp. 61 segg., 499; SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, nn. 15 segg.

⁷⁹ V. per ultimo in questo senso DEL GIUDICE, op. cit., pp. 48-49.

mente, è anche vero: ma che perciò abbiano perduto ogni carattere giuridico, nonostante che siano ancora istituti positivi regolati e garantiti da tutto un sistema di norme, di organi, di tribunali, di sanzioni interne della Chiesa, appare così paradossale, che dovrebbe bastare ciò soltanto a mettere in guardia contro le premesse da cui si cava una conseguenza così stupefacente. E tutto induce a credere che coloro i quali negano che questi istituti siano giuridici si troverebbero bene imbarazzati, se ad essi si domandasse di non limitarsi a questa semplice negazione, ma di determinare il loro carattere positivo, che non si sa quale potrebbe essere.

Ma c'è di più: la dottrina, secondo la quale lo Stato attribuirebbe l'impronta giuridica all'ordinamento della Chiesa, non nega naturalmente che il diritto ecclesiastico, così concepito, solo in parte, anzi in minima parte, emani dallo Stato, e ammette che esso invece sia principalmente costituito dalla Chiesa. Senonché il potere di quest'ultima di porre tale diritto sarebbe non proprio ed originario, ma attribuito ad essa dallo Stato. Se si tratta di uno Stato confessionale, si tratterebbe di un potere di autarchia, che la Chiesa eserciterebbe come organo indiretto dello Stato, per una « delegazione », e pel soddisfacimento di interessi che non sarebbero soltanto propri, ma anche statuali. Se invece si tratta di uno Stato laico, allora non certo di autarchia si potrebbe parlare e, tanto meno, della delega di un potere di cui esso, appunto perché laico, non si ritiene più investito, ma si avrebbe invece la figura dell'autonomia ⁸⁰.

Che questa costruzione sia inammissibile, nella sua prima parte, risulta evidentemente dalla semplice osser-

⁸⁰ JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* ³, p. 367; DEL GIUDICE, op. cit., p. 56 segg.

vazione, che non è concepibile che uno Stato confessionale disconosca quello che è un dogma della Chiesa, e consideri come da lui attribuita o delegata una potestà, che quest'ultima ritiene invece propria. E in linea di fatto — qui non è il caso di una sia pur breve indagine storica — nessuno Stato confessionale ha mai trattato la Chiesa alla medesima stregua di un Comune o di uno di quegli enti pubblici, che la dottrina moderna qualifica come autarchici.

Il concetto di autonomia poi, che dovrebbe definire il potere legislativo della Chiesa nello Stato laico, non è, di per sé, inesatto, ma non risolve la questione; anzi, se mai, la risolve in senso contrario a quello per cui si invoca. Dei vari significati, infatti, che si attribuiscono alla parola « autonomia », è da escludersi, per l'attuale argomento, quello che le si attribuisce quando si parla dell'autonomia dei privati, perché, anche secondo la dottrina di cui parliamo, gli enti ecclesiastici sarebbero enti pubblici. È pure da escludersi — e ciò per tesi — che si tratti dell'autonomia, nel senso di potestà di darsi un proprio ordinamento, che hanno gli enti che, per la loro posizione complessiva, si dicono poi autarchici. In modo che l'autonomia della Chiesa non potrebbe essere che un potere che lo Stato non attribuisce, ma soltanto riconosce, quando lo riconosce; il che equivale ad ammettere che il potere medesimo preesiste al riconoscimento statale, che quest'ultimo non è il suo fondamento, ma la condizione perché esso possa esercitarsi legittimamente di fronte all'ordinamento dello Stato e con gli effetti che diconsi civili. La mancanza del riconoscimento importa soltanto la mancanza di tali effetti, ma non la sua inefficacia nell'ambito estraneo allo Stato.

Il vero si è che le teorie che combattiamo sono suggerite e alimentate da un equivoco, che importa mettere

in vista. Si ritiene, cioè, che esista *un* diritto ecclesiastico e si fa molto logicamente notare che è impossibile che le sue fonti siano nel medesimo tempo e in concorrenza, molto spesso anzi in lotta, costituite dalla Chiesa e dallo Stato. Se così fosse — si dice — le varie parti di questo diritto, che potrebbero essere e frequentemente sono in antitesi fra loro, non potrebbero comporsi se non mediante una specie di giudice di campo, il quale dovrebbe discriminare quelle che, per un complesso di ragioni, raggiungono la loro finalità, ottengono un'efficienza sociale, riescono ad imporsi e sono perciò positivamente giuridiche, dalle altre, che, ostacolate da norme materialmente più forti, rimangono lettera morta e quindi sarebbero da qualificarsi agiuridiche o, almeno, imperfette⁸¹. Questa discriminazione e questo giudizio non potrebbero farsi se non in base all'importanza delle norme, alla loro corrispondenza con la coscienza generale o al così detto assentimento collettivo, cioè con criteri che sono estranei al diritto positivo: motivo per cui la concezione del diritto ecclesiastico, che si combatte con tali argomenti, si è potuta qualificare, e con ciò solo giustamente respingere, come una concezione « sociologica » o « relativistica ».

Qui non importa indagare se effettivamente questa concezione sia mai stata, in tali termini precisi, adottata da alcuno, o se, invece, essa non sia piuttosto un mulino a vento, al quale contribuiscono a dar parvenza di gigante bene armato elementi non essenziali, che si trovano nelle formulazioni di altre teorie. Probabilmente, siffatta parvenza le è conferita, più che da altro, dal fatto che spesso, per motivi didattici o altri intenti pratici, vengono conglobati in un'unica trattazione il diritto

⁸¹ DEL GIUDICE, op. cit., p. 43 segg.

della Chiesa e il diritto dello Stato in materia ecclesiastica, talvolta omettendo o dando minore sviluppo alle parti del primo che non sono rilevanti pel secondo. E non è da negarsi che, non di raro, questa fusione abbia dato luogo ad equivoci ed errori. Comunque, non questa, ma un'altra ben diversa è la concezione del diritto ecclesiastico, che noi riteniamo esatta. Essa si può, brevemente, riassumere nei seguenti termini.

L'ordinamento della Chiesa e quello di ciascuno Stato per le materie ecclesiastiche sono due diversi e distinti ordinamenti che hanno una propria sfera, delle fonti proprie, una propria organizzazione, delle proprie sanzioni, e non costituiscono, l'uno insieme all'altro, una vera unità. Impropiamente quindi si parla di un diritto ecclesiastico, risultante dal concorso e dal temperamento, comunque ottenuto, degli ordinamenti suddetti, ma si hanno invece tanti diritti ecclesiastici: quello della Chiesa, da una parte, e quelli dei singoli Stati, dall'altra parte. Fra il primo e i secondi possono esserci delle coincidenze, come, viceversa, delle antinomie; possono appoggiarsi, presupporre, riconoscersi a vicenda, come anche contrastarsi e disconoscersi: ma ciò ha un'importanza e delle conseguenze, non identiche, ma simili a quelle che hanno analoghe relazioni che intercedono fra gli ordinamenti dei singoli Stati o fra questi e l'ordinamento internazionale. Del resto, vedremo che si tratta di relazioni che non si verificano solo nei casi accennati, ma, *mutatis mutandis*, fra molti altri ordinamenti di diversa specie. Dal punto di vista giuridico, occorre che ciascuno, quello dello Stato e quello della Chiesa, sia considerato in sé e per sé, e, quando se ne considera uno, dell'altro bisogna tener conto solo se e in quanto il primo vi si richiama pei suoi stessi fini e nel senso in cui vi si richiama, che può essere diversissimo. Ognuno

opera per conto suo, per i propri scopi, nel suo ambito e con quella forza che gli è consentita dalla sua organizzazione e dai suoi caratteri intrinseci. Lo Stato può quindi affermare sulla Chiesa la sua sovranità, per tutta la sfera in cui questa può esplicarsi, in modo che esso pone liberamente i vincoli che crede alla potestà della Chiesa medesima, e, quando la riconosce, i limiti e gli effetti di questo riconoscimento sono determinati esclusivamente dal diritto statuale. Dall'altro canto, la Chiesa, in forza della sua autonomia, che non le deriva dallo Stato, ma che riposa sul suo stesso ordinamento, esplica la sua potestà verso i fedeli, gli enti di cui è costituita e quelli con cui viene in relazione, compreso lo Stato: nei limiti in cui è dallo Stato riconosciuta sia come lecita sia come altrimenti rilevante, essa può conseguire anche « effetti civili »; altrimenti, potrà poggiare soltanto sulle sanzioni spirituali e interne, che, secondo noi, restano sempre, per la loro stessa natura e in quanto hanno carattere istituzionale, vere sanzioni giuridiche, anche quando ad esse non si aggiungono quelle civili (§ 14)⁸². Così lo Stato può, per esempio, consentire il matrimonio agli ecclesiastici, e la Chiesa può giuridicamente vietarlo; il primo può abolire l'obbligo delle decime, e la seconda può continuare ad imporlo, e via dicendo: ciascuna di queste facoltà, di questi obblighi, di queste esenzioni vale per l'ordinamento da cui deriva e sussiste per sé, indipendentemente dalle disposizioni contrarie dell'altro. Sono due mondi giuridici, l'uno dei quali può materialmente influire sull'altro, ma che

⁸² La dottrina contraria invece muove spesso dal principio che vera sanzione sia soltanto quella che può accordare lo Stato (JHERING, JELLINEK ecc.).

giuridicamente restano o possono restare sempre distinti e autonomi ^{82 bis}.

§ 30. Questi concetti, che valgono nei rapporti del diritto dello Stato col diritto internazionale, anche secondo l'opinione oramai dominante, e col diritto della Chiesa pel quale sono invece disconosciuti, appariranno in tanto più esatti in quanto possono, secondo noi, trovare applicazione anche nei rapporti fra lo Stato e le istituzioni considerate da quest'ultimo addirittura illecite ⁸³. La illecità di esse non vale e non può valere se

^{82 bis} [In senso più o meno conforme, v. adesso, fra gli altri, N. COVIELLO, *Manuale di dir. ecclesiastico*, Roma 1922, pp. 2, 3; JEMOLO, *Il valore del diritto della Chiesa nell'ordinamento giuridico it.*, in *Arch. giur.*, 1923; *Lezioni di dir. ecclesiastico*, Città di Castello 1933, pp. 68 segg., 77 segg.; DEL GIUDICE, *Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, in *Arch. giur.*, 1924; *Istituzioni di dir. canonico* ³, Milano 1933, p. 1 segg.; *Nozioni di dir. canonico* ⁶, Milano 1944, p. 13; *Corso di dir. ecclesiastico* ⁴, Milano 1939, p. 2 segg.; CORNAGLIA MEDICI, *Lineamenti di dir. ecclesiastico it.*, Milano 1933, pp. 71, 107, 238, 244, 282; ZANOBINI, *Corso di dir. ecclesiastico* ², Pisa 1936, p. 10 segg.; JANNACCONE, *I fondamenti del dir. ecclesiastico internazionale*, Milano 1936, p. 19 segg.; D'AVACK, *Chiesa, Santa Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze 1937, pp. 12, 13, 241; *La posizione giur. del dir. canonico nell'ordinamento it.*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, IV, p. 313 segg.; CHECCHINI, *Introduzione dommatica al dir. ecclesiastico it.*, Padova 1937, p. 10 segg.; PIOLA, *Introduzione al dir. concordatario comparato*, Milano 1937, p. 131 segg.; GIACCHI, *La giurisdizione eccles. nel dir. it.*, Milano 1937, pp. 327, 328, 330, 333; FALCO, *Corso di dir. ecclesiastico* ⁴, Padova 1938, II, pp. 36 segg., 120 segg.; CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici cit.*, n. 24; CASSOLA, *La recezione del diritto civile nel diritto canonico*, Tortona 1941, pp. 3 segg.; CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili*, Roma 1941, p. 13 segg.; DE LUCA, *Rilevanza dell'ordinamento canonico nel dir. it.*, Padova 1943, p. 9 segg.; ecc.].

⁸³ La giuridicità intrinseca, intima degli enti considerati illeciti dallo Stato o dalla Chiesa è, per gli scrittori, che si occupano rispettivamente del diritto statale e del diritto ecclesiastico, un punto

non di fronte all'ordinamento statale, che potrà perseguirle in tutti i modi di cui dispone e quindi determinarne anche la fine, con tutte le conseguenze, anche penali, che rientrano nella sua potestà. Ma finché esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico (§ 14). L'efficacia di tale ordinamento sarà quella che sarà, quella che risulterà dalla sua costituzione, dai suoi fini, dai suoi mezzi, dalle sue norme e dalle sanzioni di cui potrà disporre: sarà infatti debole, se forte sarà lo Stato; potrà talvolta essere anche così potente da minare l'esistenza dello Stato medesimo; ma ciò non ha alcuna importanza per la valutazione giuridica dell'ordinamento. È noto come, sotto la minaccia delle leggi statuali, vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a

che molte volte ostacola insormontabilmente l'accoglimento della concezione più larga del diritto, anche quando essi si dimostrano ben disposti ad ammetterla, come regola. In senso energicamente contrario a questa limitazione, v. CROCE, *Filosofia della pratica*², p. 331; [5ª ed., p. 313; A. LEVI, *Contributo ad una teoria filosofica dell'ordine giur.*, Genova 1914, p. 285 segg.; *Saggi di teoria del dir.*, Bologna 1924, pp. 87-88; MAGGIORE, *Filosofia del diritto* cit., p. 166; DEL VECCHIO, *Saggi intorno allo Stato*, Roma 1935, p. 35; *Lezioni di filosofia del dir.*, Roma 1936, p. 305; CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sopra la molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Sassari 1936, p. 11 segg.; *Note sulla molteplicità* ecc. cit., n. 15; ecc.]. Singolare è l'opinione del RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, cap. IV, § 3, il quale distingue « le associazioni contrarie al diritto vigente, le quali non perseguono un fine particolare, ma rappresentano un principio di attuazione di un ordinamento giuridico nuovo, poggiato su basi diverse da quelle dell'ordinamento dominante, cioè sopra un diverso apprezzamento delle condizioni della coesistenza: tali possono essere in certi casi una società segreta o una setta politica (p. es. comunista) ». L'ordinamento di tali associazioni sarebbe giuridico, a differenza dell'ordinamento delle altre società particolari che mirano ai propri fini, non a quelli della società in generale.

quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite. Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria ed assoluta del diritto positivo dalla morale, che, secondo noi, in tale senso, che ci sembra molto ingenuo, è invece inesistente. Oltre al dire, che un'associazione, per esempio, politica, che si proponesse il fine di rivoluzionare l'ordinamento di uno Stato non conforme ai bisogni fondamentali e ai dettami della giustizia, dovrebbe eticamente esser giudicata in modo più favorevole che lo Stato stesso, che la dichiara illecita. E certe corporazioni religiose, che talvolta son vietate, corrispondono spesso, o hanno corrisposto, a differenza del divieto, al sentimento morale dominante. Del resto, ognuno sa quanto arbitrari, contingenti e variabili sono i criteri adottati dallo Stato nel considerare leciti o illeciti certi enti ⁸⁴. Sennonché tutto ciò dev'essere perfettamente indifferente pel giurista, il quale non può fare altro, in tali casi, che constatare l'esistenza di ordinamenti obbiettivi, istituzionali e perciò giuridici, ciascuno nella propria orbita, che sono viceversa antiggiuridici rispetto al diritto dello Stato, che li esclude dalla sua sfera, anzi li combatte ^{84 bis}.

⁸⁴ Vedi vari esempi in FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 408 segg.

^{84 bis} [Al giurista quindi non interessa l'osservazione, del resto verissima, che risale a Platone ed è stata da molti altri ripetuta

E va da sé che ciò che si è detto per gli enti che l'ordinamento statuale considera illeciti, si deve a maggior ragione ritenere per quegli altri enti, che quest'ultimo ignora o vuole ignorare e che quindi sono per esso irrilevanti.

§ 31. Si aggiunga che, anche per le istituzioni — intesa sempre questa parola nel senso in cui l'adoperiamo noi — le quali sono ammesse dall'ordinamento dello Stato, si ripete molto frequentemente, dando luogo a complicazioni interessantissime, un fenomeno simile a quello che si è notato per gli altri enti illeciti o occulti. In generale, il loro regime è stabilito direttamente dalle leggi statuali o da negozi giuridici privati, da quest'ultimo consentiti e regolati. Salva quindi la questione, se tali negozi possano, in base allo stesso diritto dello Stato, considerarsi talvolta come fonti di diritto obbiettivo, si può dire che la posizione giuridica degli enti di cui parliamo è, immediatamente o mediamente,

e sviluppata, che anche le società dei malfattori osservano una certa giustizia, così che ad esse si potrebbe riferire l'espressione del Bergson, il quale, a tutt'altro proposito, parlava di « una organizzazione morale dell'immoralità ». Il giurista può limitarsi a prendere atto della constatazione con cui il Voltaire contraddiceva al Pascal, che trovava « ameno » che uomini che hanno rinunciato a tutte le leggi di Dio, come i ladri, se ne facciano altre cui obbediscono scrupolosamente: replicava il Voltaire che ciò è più utile che ameno ad osservarsi, giacché prova che nessuna società umana può sussistere un sol giorno senza leggi, la società essendo come un gioco che non può esistere senza regole. Ed è opportuno aggiungere che, se ci sono società o istituzioni apertamente e interamente contrastanti con la morale, molte altre possono contrastarvi solo parzialmente, il che non implica che dallo Stato sia ad esse negato il carattere giuridico: si tenga presente l'art. 31 disposizioni preliminari al cod. civ., che si limita a negare effetti nel territorio dello Stato agli ordinamenti, che pure riconosce in sé e per sé, e agli atti di qualunque istituzione o ente in quanto siano contrari al buon costume].

posta e fissata dall'ordinamento statuale. Avviene però spesso, che quest'ultimo, per una sua imperfezione non voluta o per una limitazione che si è imposta, per la sopravvivenza di disposizioni antiquate o per la mancanza di norme più adatte alla vita moderna, non riesce ad adeguare e reggere tutta la posizione degli enti medesimi. Questi allora si creano un ordinamento giuridico proprio, interno, che è diverso da quello ad essi attribuito dallo Stato e che talvolta non si limita ad integrare quest'ultimo, ma gli si contrappone, con un contrasto che, per quanto dissimulato, non è meno evidente.

In prova di ciò si potrebbero addurre parecchi esempi, di diversa importanza. Gioverà accennarne qualcuno.

A nostro avviso, il diritto privato italiano non conosce alcun potere di supremazia, la cui figura non si rinviene se non nel campo del diritto pubblico. Esso quindi regola i rapporti che ricadono sotto le sue norme, come se questo potere non esistesse o non fosse mai esercitato. Sennonché, ciò non corrisponde alla realtà. Tutte le volte che si ha un organismo sociale, di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme, di sanzioni. Lasciando da parte la famiglia, per cui si dovrebbe risolvere qualche problema preliminare a quello di cui ci occupiamo, è certo che qualsiasi comunità, sia una fabbrica, uno stabilimento, un'azienda, sia una scuola o un convitto, sia un circolo di divertimento, hanno bisogno assoluto di questi « regolamenti interni » di carattere disciplinare. Qualche volta, essi stabiliscono un regime che è perfettamente indifferente per lo Stato (v. §§ 46-47), che non ha occasione di occuparsene, né per riconoscerlo né per vietarlo. Altre volte invece si ha un caso più

difficile e più delicato. I tribunali sono chiamati a giudicare sugli effetti di una misura disciplinare, che può aver leso gli interessi di qualcuno: ed essi si trovano nella necessità di riconoscere legittimi tali effetti solo in quanto possono essere anche gli effetti dell'applicazione o della violazione di un negozio giuridico privato, per lo più di un contratto. Il che significa che, pel diritto dello Stato, le misure disciplinari — che, pel diritto interno dell'ente, sono tali e implicano un potere di supremazia e una correlativa subordinazione — non possono aver rilievo se non sotto un aspetto che non è il loro proprio: che se poi non sono suscettibili di assumere un tale aspetto, occorre senz'altro che lo Stato le dichiari antiggiuridiche (v. appresso, § 45).

Ancora: ognuno sa come i rapporti di lavoro abbiano assunto nella vita moderna caratteri infinitamente più complessi di quelli che il codice civile contempla e regola in modo così inadeguato nei pochi articoli che si riferiscono a tale materia ^{84 ter}. Senza dubbio tali rapporti non possono essere presi in considerazione dal vigente diritto dello Stato italiano, almeno in massima parte, se non come rapporti contrattuali. Ma non è men certo, che, nonostante gli sforzi e le risorse della più acuta dialettica, la dottrina e la giurisprudenza non riescono a ridurli sotto questo profilo, se non sacrificando alcuni elementi di tali rapporti, o almeno deformandoli. Con ciò non vogliamo affatto schierarci dalla parte di coloro che hanno negato, per

^{84 ter} [Le osservazioni che si leggono nel testo relative ai rapporti di lavoro e ai contratti collettivi si riferiscono alla legislazione italiana anteriore a quella che ha regolato su basi diverse e, del resto, ancora non definitive, tutta questa materia. E almeno per ciò che riguarda i rapporti di lavoro, sono da modificarsi le precedenti osservazioni sui poteri disciplinari nel diritto privato].

esempio, al contratto collettivo di lavoro il carattere di un contratto vero e proprio. Ma un qualche fondamento, sia pure inesattamente valutato, ci pare che abbia anche questa opinione. Così, se è da respingersi la dottrina, secondo la quale si avrebbe, in tale caso, «une véritable loi qui s'appliquerait non seulement à ceux qui font partie de ces groupes au moment de la convention, mais encore à ceux qui en feront partie plus tard, et aussi à tiers qui ne font partie de ces groupes»⁸⁵; se è incerto se e in che senso possa ricorrersi, come talvolta si è fatto, alla figura dell'accordo; è evidente la tendenza dell'ordinamento dei gruppi professionali ad elevarsi da regola *intra partes* a precetto *supra partes*. Da ciò l'insufficienza della categoria del contratto a rendere l'organizzazione di unioni essenzialmente autoritative⁸⁶. E non sembra che si tratti di un ordinamento giuridico, che possa inquadarsi tutto nell'autonomia concessa agli individui dal diritto dello Stato (art. 1123 cod. civ.)⁸⁷. Secondo noi, siamo in presenza di un fenomeno giuridico a doppia faccia, che non si può completamente spiegare, se non ammettendo che esso si svolge, nel medesimo tempo e con atteggiamenti diversi e magari contrari, nelle rispettive orbite di due distinti ordinamenti giu-

⁸⁵ DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, p. 129. Si tratta, del resto, di un'opinione tutt'altro che isolata: v. citazioni in GENY, *Science et technique en droit privé positive*, I, Paris 1914, p. 59.

⁸⁶ Vedi MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, Milano 1904, p. 6 segg. Sulle incertezze della giurisprudenza in proposito, v. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, negli *Atti del Consiglio superiore del lavoro*, 1905, p. 106 segg.

⁸⁷ Così ritiene il MESSINA, op. cit., p. 5. [All'art. 1123 cod. civ. del 1865 citato nel testo corrisponde ora l'art. 1372 del cod. civ. del 1942].

ridici. L'uno è quello dello Stato, e per esso la figura del contratto è, almeno di regola, la sola che può avere rilevanza: tutto ciò che non riesce a comporsi in essa rimane non tutelato da tale ordinamento e rischia anche di essere dichiarato illegittimo. L'altro è l'ordinamento particolare che si concreta in un'istituzione o più istituzioni costituite di gruppi di intraprenditori e di operai, e ciò che pel diritto dello Stato è un contratto, per tale ordinamento vale come un sistema a sé, più o meno autonomo, di diritto obbiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l'organizzazione dispone, nell'interno di essa: mezzi che per lo Stato possono essere anche extragiuridici o antiggiuridici, ma che sono viceversa legittimi pel regime speciale cui si riferiscono. Quando si constata universalmente che le leggi statuali su tale materia sono inadeguate, ciò non ha altro significato che, all'infuori e talvolta in opposizione a tali leggi, si son venuti costituendo degli ordinamenti che reclamano, sinora invano, di essere accolti nelle leggi medesime, in modo che alle sanzioni che essi ottengono nell'interno delle imprese industriali, dei gruppi professionali, ecc., si possano aggiungere quelle più efficaci che sarebbero date dallo Stato. In altri termini, si hanno degli enti che, in parte, pel diritto statale sono enti di fatto, ma che, considerati in sé, hanno quel carattere istituzionale che ne fa, secondo i concetti già svolti, degli organismi giuridici.

Non diversamente, secondo certi punti di vista, si deve valutare il problema, che altrimenti resta così confuso e insolubile, di quelle associazioni o istituzioni, così dette non riconosciute, che cioè non hanno dallo Stato ottenuto la personalità giuridica⁸⁸. La dif-

⁸⁸ Su tale problema vedi un prospetto della dottrina, com'è noto, copiosissima, in FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 990

ficoltà di tale problema risulta dal fatto, che tali enti non si possono certo considerare, in base alle leggi civili, come subbietti di diritto; ma, per il loro ordinamento interno, per la struttura sostanziale, che essi possiedono in virtù di quest'ultimo, si comportano per l'appunto come tali. La soluzione ideale di siffatta antitesi si dovrebbe, certo, trovare in una distinzione fra ciò che è rilevante pel diritto dello Stato e assume quel qualsiasi profilo che da esso gli è attribuito, e ciò che invece, irrilevante per tale diritto, ha un'efficacia limitata nell'ambito interno degli enti medesimi, nel quale ambito essi hanno una propria personalità. Ma naturalmente, a parte la difficoltà intrinseca di tracciare nettamente con un taglio preciso questa distinzione, avviene in pratica che l'ordinamento interno cerca di proiettarsi all'esterno e di avere, più o meno indirettamente, un riconoscimento da parte dei poteri statuali. Talvolta, lo stesso diritto dello Stato, sapientemente usufruito, offre degli espedienti, che non sempre si possono considerare come frodi alle leggi, perché tali enti così detti di fatto raggiungano risultati pratici simili, se non identici, a quelli che sono consentiti alle persone giuridiche. Ne sono esempi famosi, ma non unici, quelli usati dalle corporazioni religiose non più riconosciute in Italia^{88 bis}. Altre volte, viceversa, ciò non è possibile, e allora non resta che ridurre tali enti ad altre figure, più o meno analoghe,

segg. [e l'altra opera più recente *Le persone giuridiche*, nel *Tratato* del Vassalli, p. 299 segg.]. E, fra gli autori, che si son posti da un punto di vista più vicino al nostro, GIERKE, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*², Berlin 1902.

^{88 bis} [Dopo il concordato con la Santa Sede dell'11 febbraio 1929, possono in Italia esser riconosciuti anche gli enti ecclesiastici ai quali prima tale riconoscimento era negato].

che il diritto statutale ammette e regola: a semplici società, a patrimoni separati o sotto amministrazione speciale, e così via; ma è evidente che, data la natura intrinseca degli enti medesimi e la loro effettiva costituzione, quale è data dai loro statuti, cioè dal loro ordinamento giuridico interno, non si può andare più in là di una più o meno pallida analogia. Donde una serie di difficoltà e di controversie, la cui soluzione ricorda quella della quadratura del circolo ^{88 ter}.

Comunque, da quanto abbiamo detto su argomenti, che non si potrebbero qui affrontare più estesamente (v. appresso § 45), risulta che anche gli enti, che son leciti pel diritto statutale, possiedono talvolta un proprio ordinamento giuridico, estraneo, almeno direttamente, a quest'ultimo, e che resta o dovrebbe restare concluso in se medesimo. Le pagine che seguono metteranno in migliore rilievo questo fenomeno interessantissimo, al quale conveniva accennare fin da ora.

§ 32. Così i principii teorici, che abbiamo svolti, come gli esempi pratici, ai quali abbiamo accennato e che si potrebbero moltiplicare, confermano dunque la tesi, che ogni istituzione si concreta in un distinto ordinamento giuridico, che può non trovare il suo fondamento e il suo appoggio in quello statutale, cui può anche, nel senso suddetto, contraddire.

Da questo punto di vista, noi ci accostiamo alla dottrina, che ha trovato il suo più strenuo difensore

^{88 ter} [Sembra che tali difficoltà non siano state tutte eliminate dalle disposizioni che il nuovo codice civile del 1942 ha dettato sulle associazioni non riconosciute e i comitati (art. 36 segg.), informandole al principio che « l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati »].

nel Gierke, ed ha numerosissimi seguaci, secondo la quale «è capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica»⁸⁹. Da questa dottrina noi però ci allontaniamo in diversi punti. Anzi tutto, perché al concetto di comunità sostituiamo quello di istituzione

⁸⁹ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, pp. 119-120 e in parecchi suoi precedenti lavori. V. inoltre: THON, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, Weimar 1878, p. X segg.; MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin 1885, §§ 807, 827; *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, nell'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* dell'Holtzendorff, 5^a ed., Leipzig 1890, pp. 5-6; PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1899, p. 201; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Leipzig 1894, p. 19; G. MEYER, *Lehrbuch des D. Staatsrechtes*, § 15; REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg i. B. 1899, pp. 146 segg., 160; BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts u. Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin u. Leipzig 1910, pp. 27 segg., 184 segg.; ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, § 29 [= 13^a ed.]; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*², p. 11 [4^a ed. p. 3]; *Manuale di diritto ecclesiastico*, I, p. 3 [= 2^a ed., 1922]; A. LEVI, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova 1914, p. 285 segg.]. Concordano la grande maggioranza dei canonisti: v., fra i tanti, SCHERER, *Handbuch des Kirchenrechts*, Graz 1866, I, §§ 1, 18; FRIEDBERG-RUFFINI, *Trattato di diritto ecclesiastico*, Torino 1893, § 2; STUTZ, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, Stuttgart 1905, p. 37 segg.; WERNZ, *Ius decretalium*², I, Romae 1905, p. 55 [; *Ius canonicum*, 3^a ed., pp. 9-25]; SÄGMÜLLER, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, Freiburg 1909, § 3 [= ed. 1925]; HEINER, *Katholisches Kirchenrecht*⁶, Paderborn 1912, I, §§ 1 e 3; ecc. È, del resto, da ricordare che, prima di tutti gli scrittori citati, il ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Milano 1843, II, pp. 9-10, aveva affermato: «Per diritto sociale noi non intendiamo, come si suole, il diritto della sola società civile, ma di ogni società.... Ogni possibile società ha il suo particolare diritto». Pel Rosmini però il diritto sociale non era tutto il diritto.

Ci sono poi molti altri che negano l'identità fra il diritto e il diritto statale, ma o contrapponendo a quest'ultimo il diritto naturale e quindi uscendo fuori dal campo del diritto positivo (p. es., CATHREIN, *Filosofia morale*, I, p. 570 segg. della trad. it., Firenze 1913), o movendo da punti di vista filosofici particolari (CROCE, STAMM-LER, ecc.) o limitando in vario modo la loro opinione (v. oltre gli autori citati appresso, RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, cap. IV, cap. V, § 4, cap. VII).

[V. la bibliografia più recente nella nota 94 bis].

che è più largo e ci sembra più completo, oltre che più intrinsecamente giuridico. In secondo luogo, perché, mentre essa tiene fermo il principio comune che il diritto obbiettivo sia un complesso di norme, di regole o precetti⁹⁰, noi lo consideriamo non come il prodotto dell'istituzione, ma come l'istituzione stessa. Infine, sul fondamento del diritto, non accogliamo le varie opinioni, che sono state formulate da coloro che seguono la dottrina suddetta.

Riservandoci di tornare, nel seguito dei presenti studi, su quest'ultimo punto, che per ora non ci interessa, possiamo intanto rilevare che a noi, che abbiamo estesa e completata la teoria di cui abbiamo fatto cenno, sembra, naturalmente, che si debbano respingere le restrizioni, con cui taluni l'hanno inteso, talvolta senza giustificarle nemmeno⁹¹, altre volte viceversa con qualche principio di dimostrazione.

Così, per esempio, si è di recente sostenuto, che ordinamento giuridico sia soltanto quello delle comunità moralmente necessarie⁹². Il principio da cui si

⁹⁰ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 113: « objektives Recht... ist der Inbegriff der Rechtssätze », e con lui si accordano tutti gli altri.

⁹¹ REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig 1893, p. 85, p. es., afferma senz'altro, che il compito di porre un ordinamento giuridico è dello Stato, di alcune comunità minori parti dello Stato, come i Comuni, e della Chiesa cattolica, « che ha conseguito una giuridica unità che oltrepassa i confini dello Stato ». Cosicché è molto dubbio se il Regelsberger accolga in proposito un principio unico. Posizione sostanzialmente analoga assume il GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, p. 55 segg.

⁹² SOHM, *Weltliches u. geistliches Recht*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für K. Binding.*, München u. Leipzig 1914, p. 10 seg. In base a queste vedute, egli nega che il diritto della Chiesa sia adesso diritto da per sé, essendo ormai la Chiesa un'associazione volontaria. [Nel medesimo senso, v. adesso BATTAGLIA, *Scritti di teoria dello Stato*, Milano 1939, p. 163 nota].

parte si potrebbe anche ritenere esatto, se si intende rettamente: dove c'è fonte di diritto, si dice, ivi c'è autorità e dove c'è autorità, ivi c'è fonte di diritto. Ma da questa premessa non si può dedurre la conseguenza che ciò è possibile solo in una società obbligatoria, e tanto meno che una società obbligatoria non può darsi se non è moralmente necessaria. A prescindere da ogni altra obbiezione, si può facilmente osservare che, con questa dottrina, l'esistenza o meno del diritto positivo si fa dipendere da un criterio extragiuridico, che si dovrebbe attingere dall'etica; il che, secondo noi, basta per far respingere la dottrina medesima, almeno dall'angolo visuale da cui deve porsi il giurista. Essa, del resto, pure ammettendo, in tesi generale, che il diritto non debba essere necessariamente statuale, e che in certe epoche storiche tale fenomeno si sia verificato, specialmente con l'esistenza di un diritto spirituale della Chiesa⁹³, accanto al diritto temporale dello Stato, viene alla conclusione che ormai non esiste e non può esistere che quest'ultimo. In sostanza, sebbene prospettata in modo diverso, è la medesima tesi che sopra abbiamo confutata.

Prescindendo da ogni elemento etico, analoga distinzione fra comunità necessarie e volontarie si è fatta anche da altri⁹⁴, ritenendo che nelle prime c'è la subor-

⁹³ Nel suo *Kirchenrecht*, Leipzig 1892, I, p. 1, il SOHM, com'è noto, aveva affermato che il diritto ecclesiastico è in contraddizione con la natura della Chiesa, e ciò perché questa ha carattere spirituale, mentre il carattere del diritto sarebbe temporale. Su questa dottrina, vedi NIEDNER, *Recht u. Kirche*, in *Festgabe für R. Sohm*, München u. Leipzig 1914, p. 275 segg.

⁹⁴ CICU, *Il diritto di famiglia*, p. 16 segg. il quale veramente se ne occupa ai fini della distinzione fra diritto individuale e diritto sociale, in quanto essa si allontana da quella fra diritto privato e diritto pubblico: ma le sue osservazioni hanno importanza diretta anche per la generale concezione del diritto.

dinazione dell'individuo all'aggregato sociale considerato come un tutto superiore, mentre nelle seconde questa subordinazione mancherebbe, e si avrebbero soltanto delle limitazioni alle libertà individuali, simili a quelle derivanti dal contratto, e, quindi, magari una volontà unica, ma non una volontà superiore. In base a queste premesse, si è creduto che la figura dell'organo, nel senso giuridico della parola, e in genere dell'organizzazione si rinvenga solo nelle comunità necessarie, mentre in quelle volontarie non si avrebbe manifestazione diretta della volontà di un ente, ma somma di volontà singole, oppure rappresentanza.

Anche noi, quando abbiamo ricondotto al concetto di istituzione, e, quindi, di ordinamento giuridico, quello di organizzazione, abbiamo distinto quest'ultima dal semplice rapporto o somma di rapporti (§ 18 seg.). Ma non ci sembra che tale distinzione, o altra simile possa ricollegarsi a quella tra comunità necessarie e volontarie. Anzi tutto, quest'ultime — e ce lo dimostra continuamente la realtà — possono essere atteggiate nella loro struttura generale in modo analogo a quello delle prime; è notissimo che lo Stato è sempre servito di modello, per dir così, ad una quantità di altre istituzioni. In secondo luogo, non crediamo esatto, e abbiamo cercato di dimostrarlo a proposito della comunità internazionale (§ 17), che il concetto di organizzazione sia incompatibile con quello di comunità paritaria, in cui manchi, cioè, la subordinazione dei suoi membri al potere di un subbietto. E infine è da domandarsi: in che senso deve intendersi la necessità e la volontarietà degli enti sociali? Giacché non bisogna dimenticare che ciò che appare necessario da un punto di vista può essere volontario da un punto di vista diverso. Si dirà, per esempio, necessaria la co-

munità degli Stati? Parrebbe di sì, in riguardo alle attuali esigenze dei loro rapporti e della loro vita. Eppure ciascun Stato, almeno formalmente, vi entra e vi partecipa di sua propria volontà. Ed essa ha un'organizzazione così evanescente che può essere negata dalla maggior parte degli scrittori. In base al diritto dello Stato, che ammette la libertà religiosa, la Chiesa cattolica è una comunità libera, almeno nel senso che chiunque può uscirne; in base al diritto ecclesiastico, il battesimo ha carattere indelebile e l'apostata si considera sempre come appartenente alla Chiesa. È questa dunque una comunità necessaria o volontaria? E a prescindere dal rapporto che lega i singoli alla Chiesa, questa si reputa per se stessa necessaria e indefettibile, avuto riguardo alle sue origini e ai suoi fini, mentre chi appartiene ad una diversa comunità religiosa sarà naturalmente di opinione contraria. Il vero si è che, poiché siamo nel campo del diritto, il carattere necessario o meno di un ente sociale non può valutarsi che con un criterio esclusivamente giuridico. E poiché il nostro problema riguarda la giuridicità intrinseca dell'ente, da determinarsi in sé e per sé, indipendentemente dai suoi rapporti con altri enti e con lo Stato, ciò vuol dire che quel carattere non si può desumere se non dall'ordinamento interno dell'ente medesimo. Questo sarà necessario o volontario, a seconda che si afferma con una qualità o con l'altra, mediante il suo proprio diritto. Da ogni diverso punto di vista, sarà giuridicamente indifferente una sua simile classificazione. Affermato questo principio, è da dedursene che è il diritto obbiettivo che determina la necessità dell'ente, e non questa il primo, e che, inoltre, esso può determinare la sua volontarietà. Anche gli enti volontari, dunque, sono dei sistemi di diritto obbiettivo, delle

istituzioni, delle organizzazioni, nel senso che a tutte queste espressioni sinonime abbiamo attribuito ^{94 bis}.

§ 33. Un ulteriore svolgimento, e quindi anche una riprova dei principii posti, si potrà avere esaminando

^{94 bis} [La letteratura posteriore a questo nostro lavoro, sul problema del carattere statale del diritto, è molto copiosa e sarebbe difficile indicarla ed esaminarla anche sommariamente. Sarà necessario limitarsi ad alcuni cenni.

Fra gli scrittori che continuano a ritenere giuridici solo gli ordinamenti degli Stati e quelli che hanno in essi la loro base, v. BONUCCI, *Ordinamento giuridico e Stato*, in *Riv. di dir. pubblico*, 1920; FERRARA, *Trattato di dir. civ. it.*, I, Roma 1921, n. 1; MASTINO, *Analisi critica delle più recenti teorie sul concetto e i caratteri della legge in senso materiale*, Cagliari 1923, pp. 187 segg., 210 segg.; COSTAMAGNA, *La teoria delle istituz. soc.*, in *Arch. giur.*, 1929, e in altri scritti; MAZZONI, *L'ordinamento corporativo*, Milano 1934, p. 29 segg.; PERTICONE, *La théorie du droit*, Paris 1938, p. 49 segg. e in altri scritti precedenti; RANELLETTI, *Istit. di dir. pubblico*⁹, Padova 1942, p. 3; ORESTANO, *Filosofia del dir.*, Milano 1941, p. 233 segg.; SCUTO, *Ist. di dir. priv.*³, Napoli 1941, I, n. 3; M. ROTONDI, *Ist. di dir. priv.* Milano 1942, n. 6; BARASSI, *Ist. di dir. priv. cit.*, § 1; ecc.: tralascio di notare come alcuni di questi autori, occupandosi delle mie opinioni sul problema, le abbiano fraintese in modo del tutto evidente. La medesima tesi è affermata in generale da parecchi altri, dando però al concetto di Stato un significato così largo da comprendervi ogni ente dotato di autonomia o sovranità e quindi anche la Chiesa. Così, p. es., A. VOLPICELLI, *Santi Romano*, in *Nuovi studii di dir., economia e politica*, II, 1929, p. 19 segg., che considera statale l'ordinamento della Chiesa (p. 352) e quello internazionale (p. 355 segg.). Analogamente il KELSEN, *Allg. Staatslehre*, Berlin 1925, p. 133, aveva affermato che, se « die Kirche Rechtsordnung ist, dann ist sie Staat », ma così si fa una questione terminologica attribuendo alla parola Stato un significato diverso da quello comune e per giunta arbitrario (confr. le giuste osservazioni di BALLADORE PALLIERI, in *Riv. di dir. internaz.*, 1935, p. 47, e di CHECCHINI, *Introd. dommatica al dir. ecclesiastico it.*, Padova 1937, p. 11 nota). Il PANUNZIO, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, Padova 1931, II, pp. 183, 184, e in *Studi in onore di G. Del Vecchio*, Modena 1931, II, p. 179 segg., ammette ordinamenti extrastatali per ciò che concerne la produzione di essi, ma crede che ogni ordinamento nel momento della realizzazione dipenda dallo Stato; inoltre per lui è

le varie relazioni, che possono intercedere fra i diversi ordinamenti giuridici. Tale indagine non è stata siste-

Stato anche la famiglia, la *gens*, la città, la corporazione, la società degli Stati, cioè il Superstato! Sono poi frequenti le affermazioni per cui, pure ammettendo ordinamenti giuridici non statali, si attribuisce allo Stato la funzione di ridurre ad unità il diritto: così, ad es., l'ORLANDO, *Stato e diritto*, loc. cit., §§ 1 e 2; S. LESSONA, *Ist. di dir. pubblico*⁸, Roma 1943, p. 1 segg. (se l'abbiamo bene inteso); CARNELUTTI, *Metodologia del dir.*, pp. 40, 67, ecc.; *Teoria gen. del dir.*, Roma 1940, p. 97 segg., §§ 56-57; ecc. Altri come ROVELLI, *Sulla statualità del diritto*, in *Studii in onore di O. Ranalletti*, II, p. 211 segg., riafferma la statualità del diritto, anche del diritto internazionale, ma ammette che alla regola faccia eccezione la Chiesa (p. 226 segg.). Posizioni intermedie e non ben definite sono pure quelle, fra le altre, del GRISPIGNI, *Corso di dir. penale*, I, Padova 1932, p. 138 segg., e del CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova 1936, pp. 139, 150, 151; GUELI, *Regime politico* ecc., Milano 1942, p. 212 segg., riconosce una molteplicità meramente potenziale di ordinamenti giuridici, ma ritiene che in uno stesso ambiente sociale non possa esistere in atto che un unico ordinamento, che sarebbe poi quello statale. Fra coloro che persistono nella distinzione, in vario senso intesa, fra società necessarie e non necessarie, v. DEL GIUDICE, *Istit. di dir. canonico* cit., p. 14, che, mentre in generale ritiene giuridici tutti gli ordinamenti istituzionali secolarmente consolidati, che siano come tali intuiti e ritenuti nel sentimento dei popoli, in concreto ritiene giuridici solo gli ordinamenti statali, l'ordinamento internazionale e quello della Chiesa, in base ad un criterio che, secondo lui, potrebbe dirsi della «socialità necessaria del diritto».

Un cenno a parte è a farsi di coloro che distinguono il punto di vista filosofico da quello della scienza giuridica. Secondo il CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma 1925, pp. 49 segg., 146 segg.; *Il concetto del dir. e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania 1926, il problema può essere risoluto dal punto di vista della scienza giuridica sia nel senso della statualità sia nel senso della non statualità del diritto, mentre sarebbe insolubile dal punto di vista filosofico. All'opinione di coloro (Capograssi, Crisafulli) che più direttamente si occupano del mio concetto di istituzione, non accettandolo in sede filosofica e accettandolo in sede dommatica, ma con riflessi sul carattere statale o non statale del diritto, si è già accennato sopra nella nota 69 bis.

Molto più numerosi sono oramai coloro che negano in modo netto e reciso il carattere necessariamente statale degli ordinamenti giuridici,

maticamente compiuta dalla dottrina, anzi non è stata neppure accennata, se non in riguardo ai reciproci rap-

in modo che questa opinione oramai si può dire divenuta predominante. Oltre gli scrittori menzionati nella nota 89, oltre la massima parte dei cultori del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico, parecchi dei quali si è avuta occasione di citare, v. A. LEVI, *Filosofia del dir. e tecnicismo giuridico*, Bologna 1920, p. 31; *Saggi di teoria del dir.*, Bologna 1924, p. 49 segg. (e già prima in *Contributi ad una teoria filos. dell'ordine giur. cit.*, Genova 1914, specialmente § 27); MAGGIORE, *L'aspetto pubblico e privato del dir. e la crisi dello Stato moderno*, in *Riv. internazionale di filosofia del diritto*, 1922, p. 111; *Filosofia del dir.*, Palermo 1921, pp. 65, 161 segg.; *Dir. penale*², I, nn. 3 e 4; RUFFINI F., *Corso di dir. eccl.*, I, Torino 1924, p. 164 segg.; DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924, p. 80; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, loc. cit., p. 4 e passim; *Lezioni di teoria gen. del diritto*, Padova 1930, p. 83 segg.; *La teoria degli ordinamenti giuridici e il dir. sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, 138 segg.; *Ordinamenti giuridici*, in *Nuovo Dig. it.*, IX; LONGHI, in *Dir. del lavoro*, 1927, p. 903; DEL VECCHIO, *Sulla statualità del dir.*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1929; *Saggi intorno allo Stato*, Roma 1935, p. 10 segg.; TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1929; CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo cit.*, 1929, nn. 2 e 3; ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del dir.*, Camerino 1930, n. 59 segg.; SALEMI, in *Dir. del lavoro*, 1930, I, 244 segg.; *Corso di dir. corporativo cit.*, p. 153 segg.; D'EUFEMIA, *Le fonti del dir. corporativo*, Napoli 1931, p. 24 segg.; PARESCHE, *Diritto, norma, ordinamento*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1933, pp. 14 segg., 21 segg.; R. RAVÀ, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e le associazioni sindacali riconosciute*, Firenze 1933, p. 8; MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Palermo 1934, p. 29 segg.; CARISTIA, *Corso di ist. di dir. pubblico*³, n. 4, Catania 1935; MONACO, in *Diz. del dir. privato*, voce *Ordinamento giuridico* (IV, p. 518); CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, Roma 1935, p. 69 segg.; SINAGRA, *Principii del nuovo dir. costit. it.*, Napoli 1935, p. 18 segg.; BETTI, *Istit. di dir. romano*², I, Padova 1943, p. 5 segg., §§ 3, 4; *La creazione del diritto nella jurisdictio del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, I, p. 167 segg.; INVREA, *La parte generale del diritto*, n. 159, Padova 1935; CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Sassari 1936, p. 7 segg.; *Note sulla molteplicità ecc.*, loc. cit., 1939; *Il problema della scienza giuridica*, Roma 1937, p. 2 segg.; ZANOBINI, *Corso di dir. ecclesiastico*², Pisa 1936, p. 39; *Corso di dir. corporativo*⁶, p. 38; CROSA, *Dir. co-*

porti fra il diritto internazionale e il diritto statale^{94 ter}. Dato il nostro punto di vista sarebbe necessario generalizzarla, cercando di tracciare uno schema di relazioni fra tutti i possibili ordinamenti giuridici, o, almeno, fra quelli che richiamano maggiormente su di sé l'attenzione del giurista. Però uno studio siffatto, che richiederebbe analisi molto minuziose, qui non può essere tentato se non entro limiti modesti, cioè in quanto può servire a mettere in maggior rilievo il concetto che abbiamo dato di ordinamento giuridico: esso non può essere dunque che un abbozzo sommario di poche e semplici linee.

Intanto, sarà necessario tener presenti in questa indagine i caratteri fondamentali delle istituzioni, che possono venire a contatto fra loro. E poiché questi caratteri variano all'infinito e non è il caso di tentarne

stituzionale², Torino 1941, p. 2; V. ARANGIO RUIZ, *Istit. di dir. romano*⁷, Napoli 1943, p. 17, nota 1; A. RAVÀ, *Istit. di diritto privato*, n. 9; PERGOLESI, *Istituzioni di diritto corporativo*³, Bologna 1938, n. 52; L. R. LEVI, *Sull'approvazione degli statuti degli enti pubblici*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1938, p. 298; CHECCHINI, *Dal comune di Roma al comune moderno*, Cagliari 1921, p. 128 segg.; *Introduzione dommatica al diritto ecclesiastico italiano* cit., p. 10 segg.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma 1938; BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano 1938, p. 11, nota 11; *Sulla esistenza di unioni non internazionali fra Stati diverse dagli Stati di Stati*, loc. cit.; *Lo Stato democratico moderno*, § 10; C. SCHMITT, op. e loc. cit.; PICCARDI, op. e loc. cit.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* cit., I, § 4; G. FRAGAPANE, *Lo Stato di diritto*, Milano 1944, p. 54 segg.; *Il sistema gradualistico delle fonti normative*, Milano 1944, p. 22 segg.; G. MIELE, *Principii di dir. amministrativo*, I, Pisa 1945, § 1, e in altri scritti precedenti; ecc.].

^{94 ter} [Di recente tale indagine si è estesa alle relazioni fra il diritto statale e quello della Chiesa: v., fra gli altri, gli scritti già citati del Jemolo, del Del Giudice, del Checchini, del D'Avack, del Ciprotti, del Cassola, del De Luca, e in essi altre indicazioni bibliografiche].

una completa classificazione, occorre che il nostro compito sia limitato a mettere in rilievo le figure che ci sembrano, pel nostro punto di vista, più importanti. Ad alcune di esse abbiamo già accennato (v. specialmente il § 12): richiamando ora quelle con cui abbiamo avuto occasione di far parola e aggiungendone qualche altra, risultano le distinzioni seguenti.

1) Si possono, in primo luogo, avere istituzioni originarie, che sono quelle in cui si concreta un ordinamento giuridico che non è posto da altre istituzioni e che è quindi, quanto alla sua fonte, indipendente. Ci sono viceversa istituzioni derivate, il cui ordinamento è, cioè, stabilito da un'altra istituzione, la quale afferma così, a questo riguardo, la sua superiorità sulla prima, che le rimane quindi subordinata. Fra questi due casi opposti, se ne dà un terzo intermedio, quando si hanno istituzioni il cui ordinamento è in parte originario e in parte derivato. Così gli Stati possono assumere la prima o la terza figura, essendo loro carattere specifico l'indipendenza almeno parziale^{94 quater}, mentre i Comuni, per esempio, sono sempre istituzioni derivate nel senso suddetto⁹⁵.

2) In secondo luogo, sono da contrapporsi le istituzioni con fini particolari, e, quindi, singolarmente limitati, alle istituzioni che si propongono invece fini generali e, quindi, potenzialmente illimitati. La distin-

^{94 quater} [Ritengo adesso (v. i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VI, § 4, n. 4) che l'ordinamento degli Stati, anche di quelli sottoposti ad altri Stati, come gli Stati membri di uno Stato federale, sia sempre e per intero originario: e o incontra nell'ordinamento dello Stato superiore, non la sua fonte, ma soltanto un limite, che del resto vien posto o riconosciuto da una sua stessa norma].

⁹⁵ Vedi la mia monografia *Il Comune. Parte generale*, nn. 25 segg., specialmente 44 segg., nel *Trattato di diritto amministrativo*, diretto dall'Orlando, vol. II.

zione è, dal nostro punto di vista, interessante, perché postula una diversa estensione della sfera in cui il rispettivo ordinamento giuridico esplica la sua efficacia. Le prime, non riguardando che un solo lato o solo alcuni lati della vita umana (per esempio, quello religioso, quello economico, ecc.), affermano una dipendenza da esse degli individui, che ne fanno parte, positivamente circoscritta; mentre le seconde, come lo Stato, possono atteggiare la loro struttura e quindi le loro relazioni con altri enti, fondandosi su una più estesa soggezione dei propri membri. Bisogna però guardarsi dal ritenere, secondo un'opinione molto diffusa, che l'ordinamento giuridico dello Stato comprenda tutte le manifestazioni della vita individuale, che non siano per la loro stessa natura insuscettibili di essere considerate dal diritto. Lo Stato non è, neppure sotto questo aspetto, un ente universale, e, quando si dice che esso ha dei fini generali, ciò vuol dire che questi non sono positivamente e singolarmente determinati, e che, in astratto e potenzialmente, sono sempre estensibili. In concreto, però, uno Stato, che includa fra gli oggetti del suo diritto ogni possibile esplicazione della vita dei suoi membri, non esiste e non è mai esistito: il che è bene tenere presente per la risoluzione di alcuni importanti problemi (v. appresso §§ 46-47).

3) Per misurare la sfera di efficacia degli ordinamenti giuridici nei loro reciproci rapporti, è utile guardare, oltre che ai fini delle istituzioni, anche agli elementi di cui esse constano che, come si è detto (§ 12 *sub* 2), possono essere di diversa natura. È però da avvertire che, non sempre e necessariamente, l'ordinamento giuridico vale solo nell'ambito segnato dagli elementi costitutivi della istituzione di cui si tratta: esso

può esplicarsi anche all'esterno, come quando si ha una istituzione, i cui destinatari stanno fuori di essa, o quando lo Stato estende la sua potestà su stranieri o su territori che non sono suoi.

4) È importante inoltre richiamare la distinzione, che già abbiamo accennata (§ 12 *sub* 3), fra istituzioni semplici e complesse (istituzioni di istituzioni). Quando ricorre la figura di quest'ultime, generalmente si ha un'istituzione maggiore, verso la quale sono subordinate una o più istituzioni minori in essa comprese. Questa subordinazione può essere però di grado diverso: può trattarsi di istituzioni derivate, nel senso suddetto, dalla prima; possono, invece, aversi istituzioni in parte originarie; e infine istituzioni totalmente originarie in riguardo al loro ordinamento interno, ma che tuttavia dipendono da un'istituzione maggiore, rispetto a certi diritti o doveri che possono avere verso di questa o anche altre istituzioni che stanno fuori di esse: così gli Stati in quanto dipendono dalla comunità internazionale. La distinzione, quindi, fra istituzioni semplici e complesse si ricollega, ma non coincide, con quella fra istituzioni originarie e derivate. E non soltanto si deve aver riguardo, per le istituzioni complesse, alla varia subordinazione delle minori di fronte alla maggiore in cui si comprendono, ma anche alla posizione di quest'ultima, in quanto essa presuppone l'esistenza delle prime e, quindi, il loro ordinamento: così per esempio la comunità internazionale presuppone (vedremo in che senso: § 37) i singoli Stati che la compongono.

5) Da un punto di vista simile, si possono distinguere (§ 12 *sub* 3) le istituzioni perfette, che sono sempre originarie e che possono essere o semplici o complesse, dalle imperfette, che cioè si appoggiano ad

altre istituzioni rispetto alle quali sono, non soltanto presupposte, ma coordinate o subordinate. Esse sono spesso derivate; ma possono essere anche originarie, se alle prime sono semplicemente coordinate oppure non interamente subordinate. Ci sono poi, come parecchie volte si è rilevato, istituzioni che si affermano antitetiche fra loro, cioè in opposizione più o meno aperta.

6) Qualche rilievo può avere inoltre, per la nostra indagine, la distinzione fra istituzioni che, rispetto specialmente ad altre, hanno personalità giuridica e istituzioni che non assumono tale qualità. Le prime hanno un potere proprio, cui i loro membri, che possono essere anche altre istituzioni, rimangono subordinati, e costituisce il fulcro della loro organizzazione. Le seconde, invece, mancano di siffatto potere, e quindi la posizione dei loro membri o è paritaria come, di regola, nella comunità internazionale, o si fonda sulla supremazia di uno o più dei suoi membri sugli altri.

7) Infine, come conseguenza di quanto si è venuto dicendo, si può rilevare che ci possono essere istituzioni reciprocamente indipendenti; istituzioni di cui l'una afferma la sua indipendenza verso l'altra, mentre questa ne afferma al contrario la dipendenza; istituzioni che, nei loro reciproci rapporti, sono in vario senso e in varia misura, coordinate su una base di eguaglianza, oppure poste in una posizione di subordinazione e di corrispettiva supremazia.

§ 34. L'analisi, che ci siamo proposti, delle relazioni fra diversi ordinamenti giuridici, si risolve necessariamente in quella della rilevanza che uno di essi può avere per l'altro. È chiaro, infatti, che se un ordinamento è, rispetto ad un secondo, irrilevante, ciò vuol dire che non c'è fra di essi alcuna relazione. Per noi,

quindi, basterà prendere in esame l'ipotesi inversa, che uno o più ordinamenti siano rilevanti di fronte ad altri: la prima ipotesi risulterà negativamente definita dalla mancanza degli estremi che caratterizzano quest'ultima.

Che cosa deve intendersi per « rilevanza giuridica »? Essa non è da confondersi con l'importanza di fatto, che un ordinamento può avere per un altro, e nemmeno con l'uniformità materiale di più ordinamenti, che non sia voluta oppure sia determinata da un'esigenza non giuridica, ma soltanto politica, di convenienza o di opportunità. La necessità di tale distinzione non è, da per sé, dubbia, ma non è sempre facile tenerla presente e intenderla nel suo vero significato. Per ora ci accontentiamo di accennarvi in linea generale e, per condensare in una breve formula il nostro pensiero, diciamo che, perché ci sia rilevanza giuridica, occorre che o l'*esistenza* o il *contenuto* o l'*efficacia* di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento, e ciò in base ad un *titolo* giuridico ^{95 bis}.

^{95 bis} [Che un ordinamento possa essere rilevante come tale, cioè come ordinamento giuridico, per un altro, è stato negato, per gli ordinamenti originari, in base all'opinione che questi siano per la loro natura esclusivi e, se considerati dal proprio interno, unici. Tale opinione, prima affermata dal Kelsen (*Das Problem der Souveränität*, Tübingen 1920, pp. 97, 105 segg.; *Allg. Staatslehre*, Berlin 1925, p. 102 segg.; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Rec. des Cours de La Haye*, 1926, IV, p. 263 segg.), è stata accettata, in vario senso e in varia misura, anche da molti che dissentono dalle teorie generali del Kelsen, il che ha implicato gravi contraddizioni: v., fra gli autori italiani recentissimi, AGO, *Teoria del dir. internaz. privato*, Padova 1934, p. 106; BALLADORE P LLIERI, *Le dottrine di H. Kelsen e il problema dei rapporti fra dir. interno e dir. internaz.*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1935, p. 30 segg. dell'estr.; *Diritto internaz. pubblico* ³, p. 53 segg.; CHECCHINI, *Intro-*

§ 35. Vediamo anzi tutto quale può essere questo « titolo » la cui natura è, secondo i casi, diversissima.

a) In primo luogo, abbiamo avuto occasione di accennare che di due ordinamenti l'uno può trovarsi in uno stato di subordinazione e di inferiorità rispetto all'altro, che è ad esso superiore. Ciò avviene quando un'istituzione è compresa in un'altra e concorre a costituirla, in modo che l'ordinamento della prima è, in un certo senso, accerchiato dall'ordinamento più vasto della seconda; oppure quando ambedue fanno parte

duzione dommatica cit., p. 72; MORELLI, *Nozioni di dir. internaz.*, Padova 1943, p. 74, n. 56; e in questi autori v. altre citazioni. Sul problema, v. anche PICCARDI, op. e loc. cit., § 12 segg., p. 182 segg. Che in un dato ordinamento originario le norme di un secondo ordinamento non possano aver valore se non in base a norme del primo, è esatto, ma, secondo noi, è viceversa inesatto ritenere che ogni ordinamento consideri giuridiche soltanto le sue norme e irrilevanti tutte le altre in quanto tali: ciò è, non soltanto arbitrario, ma in contrasto con la realtà. Il principio che ogni ordinamento originario è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso *può*, non che *debba necessariamente* negare il valore giuridico di ogni altro: donde mai deriverebbe questa necessità e, quindi, questa limitazione, che sarebbe poi incompatibile col carattere stesso degli ordinamenti originari, che, perché tali, sono sovrani e non conoscono altre limitazioni se non quelle poste o riconosciute da essi stessi? V. il mio *Corso di dir. internaz.*⁴, p. 51, e i miei *Principii di dir. costit. generale*, cap. VI, § 2, n. 3 e cap. VII, § 6, n. 11. In altri termini, un ordinamento può ignorare o anche negare un altro ordinamento; può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo come un mero fatto; ma non si vede perché non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pure in certa misura e per certi effetti, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli. Anzi, si deve osservare che, per conferirgli tali qualifiche, che l'ordinamento di cui è parola eventualmente non si attribuisce, è talvolta necessario riconoscerlo come ordinamento giuridico e non come un semplice fatto: così, per es., quando un ordinamento che si afferma originario è considerato da un altro come derivato, osservazione questa che riteniamo debba essere tenuta presente per il problema del diritto internazionale privato].

di una terza istituzione, che pone l'una nella condizione di sovrastare all'altra. Questa supremazia e la correlativa subordinazione, che ne deriva, non hanno sempre, come del resto si è rilevato, la stessa misura e non si esplicano con i medesimi effetti. Talvolta l'ordinamento superiore può determinare le stesse condizioni di esistenza e di validità di quello inferiore, come fa lo Stato, che domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono. Altre volte la sfera di questa signoria può essere più ristretta. Così il diritto internazionale sta sopra il diritto statuale, ma non può né sopprimerlo né dichiararlo invalido. Comunque, quando due ordinamenti stanno in siffatta posizione, è evidente che essa è un titolo giuridico, per cui l'uno è rilevante per l'altro, in vario grado e con vari effetti.

b) In secondo luogo, un ordinamento può essere il presupposto di un altro, che sia un'istituzione complessa. E ciò anche quando esso rimane poi subordinato a quest'ultimo. Così la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno parte, il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statuale, come il diritto di uno Stato federale quello degli Stati-membri, e così via. Occorrerà però distinguere fra presupposto necessario ed essenziale, il cui venir meno determina la fine dell'altro ordinamento, e presupposto che influisce solo sul suo contenuto o su altri suoi momenti.

c) Una terza figura è data dall'ipotesi, che due o più ordinamenti siano l'uno indipendente dall'altro, nei loro diretti rapporti, ma dipendano insieme da un ordinamento a tutti essi superiore: in modo che possono essere reciprocamente rilevanti per il tramite di quest'ultimo, in quanto esso li coordina. Il diritto in-

ternazionale, che sovrasta contemporaneamente a quelli di più Stati, offre di ciò esempi molto interessanti.

d) Può inoltre darsi il caso, che un ordinamento subordini, senza esservi costretto e per sua spontanea determinazione, qualche punto del proprio contenuto o della propria efficacia ad un ordinamento, dal quale è affatto indipendente, ma che così diventa per esso rilevante. In questa ipotesi, si ha dunque una rilevanza unilaterale, che non cambia natura, neppure quando l'ordinamento, preso in considerazione dall'altro, a sua volta fa a quest'ultimo un trattamento di reciprocità, purché naturalmente tale reciprocità non sia conseguenza dell'obbligo imposto da un terzo ordinamento, il che cade fuori l'ipotesi che qui facciamo. Il così detto diritto internazionale privato — in quanto non è un diritto iperstatale o vi si ricollega — si ha per l'appunto quando uno Stato, da sé e per sua propria volontà, fa un certo posto nel suo ordinamento all'ordinamento degli Stati stranieri: vedremo più avanti in che senso e con quali diversi atteggiamenti.

e) In quinto ed ultimo luogo, un ordinamento può essere rilevante per un altro, perché si è trasfuso in quest'ultimo, cessando di esistere da per sé, ma determinando la struttura di quello in cui si è compenetrato. Questo rapporto fra due ordinamenti, che si può chiamare di successione, dà luogo a problemi molto gravi: così gravi che la dottrina più recente, per la difficoltà di risolverli, ha spesso creduto espediente il negarli, negando la stessa rilevanza giuridica di un tale rapporto di successione.

§ 36. Visto per quali diversi titoli un ordinamento può essere rilevante per un altro, possiamo più agevolmente analizzare i momenti in cui questa rilevanza

si esplica, e, come si è già detto, essi possono concernere o l'esistenza o il contenuto o l'efficacia degli ordinamenti medesimi.

L'esistenza di un ordinamento può dipendere da un altro soltanto in due casi, che abbiamo già accennato: cioè quando quest'ultimo è subordinato al primo, o quando l'uno è presupposto necessario dell'altro.

a) La prima ipotesi non si verifica tutte le volte che ci sia un rapporto di supremazia e, correlativamente, di subordinazione fra i due ordinamenti, ma occorre che quello che signoreggia l'altro lo domini assolutamente. Siffatta dominazione ha un particolare rilievo quando essa concerne, non soltanto l'istituzione considerata nel suo complesso, come unità a sé stante, ma anche i singoli elementi di cui questa si compone, e ciò nel senso che si tratti di elementi comuni, nel medesimo tempo, all'istituzione superiore e a quella inferiore, come sarebbero, ad esempio, la popolazione e il territorio di un Comune che sono anche popolazione e territorio dello Stato. Ma, in genere, pure mancando tali estremi, un ordinamento potrà dipendere, per la sua stessa esistenza, da un altro, quando esso non sarà originario, ma riposerà invece sul fondamento di quest'ultimo, che ne sarà l'arbitro.

Possono allora darsi due ipotesi: o l'ordinamento superiore determinerà esso stesso, direttamente, l'ordinamento inferiore e ne sarà, quindi, la fonte immediata; oppure conferirà all'istituzione dipendente il potere di porre da sé il proprio ordinamento, cioè il così detto potere di autonomia, in uno dei vari significati in cui tale parola è usata. Ma, anche quando si avrà quest'ultimo caso, si tratterà sempre di un'autonomia circoscritta e limitata, e, soprattutto, condizionata. Talvolta, infatti, i principii essenziali, quelli da cui risulta

l'esistenza dell'istituzione, saranno posti dall'istituzione superiore, in modo che, non da principio e per intero, l'ordinamento della prima sarà posto da essa medesima, ma soltanto in alcune sue parti più o meno secondarie. In ogni caso poi, l'ordinamento superiore determinerà le condizioni di validità dell'ordinamento inferiore.

Di queste relazioni si hanno esempi significanti nelle istituzioni, pubbliche e private, interamente soggette allo Stato. Così è quest'ultimo che dà esistenza ai Comuni, i quali, prima che esso si crei, possono essere aggregati geografici o istituzioni diverse, ma non istituzioni statuali quali sono adesso, ed è lo Stato che ne pone quasi per intero l'ordinamento, di cui è fonte immediata, per mezzo del suo potere legislativo. L'autonomia di questi enti non è perciò nel diritto moderno originaria, ma è attribuita dallo Stato e si può esercitare solo entro dati limiti e con determinate condizioni. Un regolamento comunale, che esorbiti dalla sfera che gli è consentita, è senz'altro annullato e privato d'ogni efficacia dal potere dello Stato. In altri casi, invece, lo Stato non crea l'istituzione, ma permette che essa sorga per opera di altri: così, per esempio, avviene per le istituzioni di beneficenza che possono essere anche di fondazione privata. Ma, anzi tutto, è sempre lo Stato che determina gli estremi della validità di questi atti di fondazione, e, inoltre, dopo che esse hanno vita, ne regola il potere di autonomia, facendo dipendere dall'osservanza di tali norme l'esistenza degli ordinamenti che ne derivano. E lo stesso è a dirsi della così detta autonomia dei privati, ammesso in ipotesi che essa dia luogo alla costituzione di diritto obbiettivo.

Come si vede, in tutti questi casi si hanno degli ordinamenti giuridici, che dipendono interamente da quello dello Stato, perché in sostanza ne fanno parte: o

l'integrano essenzialmente, come quelli delle istituzioni pubbliche; o ne costituiscono diramazioni, più o meno remote dal suo tronco, come quelle delle istituzioni private. E si tratta altresì di ordinamenti, che esplicano il loro potere sulle stesse persone o cose, su cui si esplica la potestà maggiore dello Stato. Ciò significa che quest'ultimo, non solo può ritogliere alle istituzioni, prese nella loro rispettiva unità, quel potere di autonomia che esso ha loro attribuito; ma può, rivolgendosi ai loro sudditi, che sono anche i suoi, elidere e neutralizzare la potestà dell'istituzione medesima che eventualmente si esercitasse in senso contrario alla sua. In altri termini, dallo Stato dipende sia l'esistenza del suo ordinamento giuridico, in generale, sia quella delle singole estrinsecazioni di esso, in particolare.

In linea di fatto, può anche avvenire che un ordinamento, prima istituito come subordinato ad un altro, per esempio, a quello dello Stato, quando quest'ultimo dichiara di annullarlo, trovi in se medesimo l'energia di continuare a vivere o farsi valere, in opposizione al divieto fattogli; ma allora esso si trasformerà necessariamente, assumendo il carattere di un ordinamento, non solo separato, ma antitetico a quello che non riconosce più come suo superiore, e, quindi, ricadrà in un'ipotesi, che più avanti esamineremo.

Ci può essere poi fra due ordinamenti un rapporto di supremazia e di subordinazione, che non sia così esteso come quello finora contemplato. Per esempio, gli Stati membri dello Stato federale — data l'ipotesi che essi siano, come noi crediamo, veri Stati — dipendono da quest'ultimo, ma il loro potere di autonomia, sia pure entro limiti che, in astratto, possono immaginarsi molto angusti, ne è dipendente, in quanto ha carattere originario. Ne viene che, nonostante che lo Stato fe-

derale sia rispetto ad essi sovrano, nonostante che i loro sudditi siano direttamente anche sudditi del primo, ciò nondimeno, c'è sempre un punto in cui manca un'assoluta e completa subordinazione, ed è precisamente questo punto che impedisce fra tali enti quella fusione che, ove fosse attuata, darebbe luogo ad uno Stato unitario. Si potrà, ciò nonostante, ammettere che l'esistenza di uno Stato membro possa essere annullata dallo Stato federale? Com'è noto, la questione è stata lungamente discussa per il diritto dell'impero germanico ^{95 ter}; e se la dottrina prevalente tende a rispondere negativamente a tale domanda, non mancano coloro che la risolvono in senso affermativo. Certo, la validità dell'ordinamento di uno Stato membro potrà dipendere da condizioni poste dallo Stato sovrano e dagli organi di quest'ultimo potrà essere negata, in queste parti in cui esso non è originario ^{95 quater}; ma l'esistenza dell'ordinamento, considerato, nella sua interezza, come istituzione che, non solo di fatto, ma anche giuridicamente, è anteriore allo Stato federale e ne costituisce un presupposto, è, di regola, più difficile che si possa ritenere ad esso subordinata. Tuttavia, non sono da escludersi delle eccezioni. Per esempio, si può fare l'ipotesi che la costituzione dello Stato federale contempli, esplicitamente o implicitamente il caso che convenga mutare lo Stato federale in Stato unitario e faccia dipendere da esso medesimo questa modificazione

^{95 ter} [È superfluo avvertire che quanto si legge nel testo si riferisce al diritto vigente nel tempo in cui esso fu scritto e allo stato della dottrina in tale epoca].

^{95 quater} [Come ho rilevato nella nota 94 *quater*, adesso ritengo che l'ordinamento di uno Stato membro di uno Stato federale sia totalmente originario].

costituzionale ⁹⁶. Allora, si potrebbe continuare ad ammettere che gli Stati membri siano veri Stati, ma tale loro qualità sarebbe certo precaria e condizionata.

Il diritto internazionale, infine, ci offre l'esempio di un ordinamento superiore a quello dei singoli Stati, che tuttavia non ne dipendono né per la loro esistenza complessiva, né per la validità delle loro singole estrinsecazioni. Da questo principio discende il corollario della c. d. separazione dei due ordinamenti giuridici, cioè del diritto internazionale e del diritto interno statale. E perché esso non sia frainteso e condotto ad applicazioni esagerate e inesatte, occorre tener presente il reale fondamento del principio da cui deriva. Tale fondamento consiste nelle due seguenti proposizioni:

1) il diritto internazionale non attribuisce allo Stato alcun potere di autonomia interna, in modo che il potere (si chiami o non si chiami autonomia, poco importa), che ha lo Stato di porre il proprio ordinamento interno, ha, rispetto ad esso, carattere originario, sempre e in tutte le sue parti, mentre, rispetto al diritto dello Stato federale, esso è originario soltanto parzialmente ^{96 bis};

2) il diritto internazionale si rivolge soltanto agli Stati considerati ciascuno nella propria unità, non ai loro organi o sudditi (il contrario accade nello Stato federale), in modo che esso non ha il potere di invalidare di fronte a quest'ultimi l'ordinamento statale, che fosse eventualmente in opposizione ai suoi principi o alle sue norme.

⁹⁶ Questo sarebbe il caso dell'impero germanico, secondo il LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* ⁵, Tübingen 1911, I, § 13, p. 128 segg.

^{96 bis} [V. note 94 *quater* e 95 *quater*].

Dalla prima di queste due proposizioni discende la conseguenza che il sorgere e, quindi, l'esistenza o meno di uno Stato, cioè dell'ordinamento giuridico statale, è affatto indipendente dal diritto internazionale, è oggetto estraneo al suo contenuto, materia ad esso sottratta. Dalla seconda proposizione deriva che non rientra nella sfera della sua efficienza il potere di negare validità alle singole estrinsecazioni dell'ordinamento statale, il quale si fa valere entro un'altra sfera, che è ad esso preclusa.

Riassumendo e concludendo. Perché l'esistenza di un ordinamento dipenda da un altro — all'infuori del caso, che esamineremo a momenti (sub *b*), che l'uno presupponga l'altro — occorre che esso si trovi in uno stato di subordinazione. Questa subordinazione dev'essere affermata da ambedue gli ordinamenti: che se, invece, è una semplice esigenza dell'ordinamento superiore, non riconosciuta da quello inferiore, potranno dal primo dipendere altri momenti di quest'ultimo, specialmente la sua efficacia (v. appresso § 42), ma non la sua esistenza. Com'è naturale, ciò non impedirà che, eventualmente, s'impegni fra di essi una lotta, il risultato della quale potrà essere la cessazione del meno forte; ma allora l'esistenza dell'uno dipenderà dall'altro, non in senso giuridico, ma per circostanze di fatto, per avvenimenti estrinseci, che non rientrano nella nostra indagine attuale. La subordinazione poi di un ordinamento, se è condizione necessaria, perché la sua esistenza dipenda giuridicamente dall'altro, non è condizione sufficiente, se non quando essa è completa ed assoluta, o, meglio, quando i limiti che incontra sono tutti pertinenti all'ordinamento superiore. In caso diverso, l'ordinamento inferiore può essere in tutto o in parte originario, e quindi, per definizione,

posto, almeno in parte, da se medesimo, non da quello che gli sovrasta, il che vuol dire esistente per virtù propria. Senonché, può ancora darsi che un ordinamento autonomo, quanto alla sua origine, ma sottoposto ad un secondo ordinamento, dipenda da quest'ultimo per quel che riguarda la sua cessazione, cioè la sua esistenza ulteriore: di questa ipotesi abbiamo visto un esempio negli Stati membri che possono essere soppressi dallo Stato federale. Il carattere originario di un ordinamento, quindi (a differenza del carattere derivato), esclude, di regola, che la sua esistenza sia rimessa ad un altro ordinamento; ma questa regola è assoluta soltanto pel primo momento in cui esso si afferma, cioè comincia ad esistere; può avere invece delle eccezioni, pel momento che concerne la continuazione della sua esistenza, cioè la sua cessazione. Infine, occorre distinguere fra l'esistenza totale di un ordinamento, e la sua esistenza parziale, cioè dei singoli elementi di cui esso consta, di questo o quel gruppo delle sue norme, di questa o di quella sua estrinsecazione particolare. Se l'ordinamento superiore si esplica nella medesima sfera di quello inferiore, se ha i medesimi sudditi, il medesimo territorio ecc., allora esso potrà — quando ricorrono gli estremi suddetti — invalidare sia l'esistenza complessiva, per intero, dell'istituzione subordinata, sia l'esistenza di una parte del suo ordinamento. Se invece l'ordinamento superiore si svolge in una sfera diversa, allora potrà — sempre che ci siano le condizioni di cui abbiamo fatto parola — sopprimere *in toto* quello inferiore; ma, finché questo esisterà, il primo non potrà direttamente invalidare quei suoi atti, quelle sue norme ecc., che si rivolgono a soggetti o oggetti, cui esso non ha potere di contrapporsi, perché gli sono estranei.

Un maggiore svolgimento di tali principii si potrebbe ottenere solo dopo aver tracciato una teoria delle fonti degli ordinamenti giuridici, il che non può essere compiuto dal presente capitolo: essa darà materia ad uno studio apposito, compreso nella serie di quelli che costituiranno il seguito del presente lavoro.

§ 37. *l*) Nelle relazioni degli ordinamenti dei singoli Stati col diritto internazionale, come, in parte, in quelle degli Stati membri con lo Stato federale, si può verificare l'ipotesi inversa a quella finora prospettata: che, cioè, l'esistenza dell'ordinamento superiore dipenda, in un certo senso, dall'ordinamento inferiore. Naturalmente, sarà una dipendenza ben diversa da quella che si ha nel caso opposto, ma non perciò, per quanto indiretta, meno effettiva e meno importante. Certo l'ordinamento inferiore non potrà considerarsi, per nessun verso, come la fonte di quello superiore, né si avrà un qualsiasi potere del primo di fronte al secondo. La relazione, di cui parliamo, si può esprimere con la formula, che l'ordinamento inferiore è un presupposto dell'ordinamento superiore. Il diritto degli Stati membri, in ciò in cui ha carattere originario ^{96 ter}, è il presupposto del diritto dello Stato federale: che se quelli venissero tutti a mancare, quest'ultimo cesserebbe anch'esso, a meno che la soppressione dei primi avesse luogo nel senso di dar vita ad uno Stato unitario che rappresentasse la continuazione dell'antico Stato federale, che, del resto, verrebbe, anche in questo caso, trasformato. Il diritto statuale è poi, manifestamente, il presupposto necessario del diritto internazionale: relazione questa che ci sembra meritevole di maggiore

^{96 ter} [V. nota precedente].

attenzione di quella che finora non si sia ad essa accordata.

Poiché lo Stato altro non è che un ordinamento giuridico, il diritto internazionale, in quanto ha per suo contenuto rapporti fra gli Stati, si risolve necessariamente in rapporti fra gli ordinamenti giuridici statuali. Però tali ordinamenti vengono per esso in considerazione, non nelle loro singole parti e, perciò, non nelle norme e nei precetti di cui constano, ma ciascuno nella loro unità, come chiusi, a somiglianza di ciò che avviene in certe operazioni matematiche, fra parentesi. Il principio della c. d. separazione del diritto interno statale e del diritto internazionale è esatto, in quanto quest'ultimo non penetra in questa parentesi: tuttavia il numero complessivo, per dir così, che è da questa rappresentato, è un suo presupposto, e l'insieme degli ordinamenti statuali è una condizione della sua stessa esistenza. Esso, poi (e ciò è più importante), agli Stati impone degli obblighi e, viceversa, attribuisce dei diritti. Ora, obblighi e diritti possono avere soltanto i subbietti forniti di volontà, a non parlare dei casi eccezionali che confermano la regola, in cui, per i subbietti incapaci, la loro volontà mancante o deficiente è sostituita, se e in quanto essa si può ritenere fungibile, con quella dei loro rappresentanti. Donde la conseguenza che, quando si tratta di enti non fisici, ma giuridici, occorre che essi siano giuridicamente organizzati in modo da potersi loro attribuire una volontà. Senonché questa organizzazione, in base alla quale lo Stato possiede una volontà propria non è data dal diritto internazionale, ma dallo stesso diritto statale, che quindi costituisce il presupposto di quello: presupposto, si noti bene, non soltanto di fatto, ma anche giuridico, cioè tenuto in conto dal diritto internazio-

nale, che, in vista di esso, attribuisce o riconosce agli Stati una personalità nei loro reciproci rapporti. Da tale punto di vista, si dice comunemente che il diritto internazionale rinvia al diritto costituzionale, per quanto concerne la competenza dell'organo che deve formare o esprimere la volontà dello Stato rilevante nei rapporti internazionali. L'espressione non è forse esatta e si presta, ad ogni modo, a qualche equivoco. La figura del rinvio di un ordinamento all'altro si ha, più propriamente, quando il primo accoglie in sé, facendole proprie, norme del secondo (rinvio materiale o ricettizio), oppure quando esso dichiara che certe materie o rapporti rimangono esclusi dalla sua sfera e abbandonati ad altro ordinamento (rinvio formale)⁹⁷. Ora, ammesso pure che il diritto internazionale consideri come volontà dello Stato quella che è costituita dall'organo di quest'ultimo competente pel diritto interno, evidentemente non rinvia al diritto costituzionale né in un senso né nell'altro. Non in senso ricettizio, perché la norma di diritto costituzionale, che stabilisce la competenza di un organo, concerne un rapporto fra lo Stato e questo organo e non può essere assunta nel diritto internazionale, che concerne solo

⁹⁷ V., fra gli altri, TRIEPEL, op. cit., pp. 156 segg., 235 segg.; ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, p. 179 segg.; ecc. Secondo l'opinione brevemente accennata nel testo e sulla quale non possiamo diffonderci, noi, in verità, dubitiamo della convenienza di ridurre alla figura del rinvio il richiamo del diritto interno statale da parte del diritto internazionale, o anche, viceversa, del diritto internazionale da parte del diritto statale: ci sembra preferibile, in questi casi, dire che l'uno ordinamento è presupposto dell'altro, limitando così il concetto del rinvio alle relazioni fra gli altri ordinamenti, di cui possono coincidere i subbietti, gli obbietti e, quindi, anche le norme. [V. il mio *Corso di diritto internazionale*⁴, p. 47 segg., e i miei *Principii di dir. costituzionale generale*, cap. VII, § 6, nn. 12, 13].

rapporti fra Stati. Non in senso formale, perché tale specie di rinvio, secondo noi, implica la possibilità giuridica che la materia, per cui si richiama il diritto di un altro ordinamento, sia regolata dall'ordinamento che opera il rinvio e che così rinuncia a regolarla da sé: ora questa possibilità manca nel caso di cui facciamo parola, trattandosi di materia che, necessariamente, rientra nel diritto costituzionale e a cui il diritto internazionale è estraneo. Il vero si è che la norma del diritto costituzionale è: «il re, per esempio, ha il potere di stipulare i trattati». La norma del diritto internazionale è, invece, secondo la dottrina più diffusa, quest'altra, ben diversa: «si deve considerare (dagli altri Stati) come volontà di uno Stato quella costituita dal suo organo a ciò competente, secondo il suo diritto interno». Quest'ultimo inciso non è un vero e proprio rinvio, neppure formale. Il che è anche più evidente, se si accoglie l'opinione⁹⁸ che qui non occorre valutare, per cui la norma di diritto internazionale sarebbe invece la seguente: «è a presumersi (dagli altri Stati) che sia volontà di uno Stato quella che viene attestata come tale dal suo capo, dai comandanti militari in tempo di guerra ecc.». In questa ipotesi, come anche nella prima, il diritto internazionale non fa che presupporre, in diversa misura e con diversi effetti, l'organizzazione degli Stati, esso non si occupa di tale organizzazione, neppure per dichiarare che non vuole occuparsene, ma ne tiene però conto. Ciò non vuol dire che l'organizzazione statuale sia pel diritto internazionale un semplice dato

⁹⁸ ANZILOTTI, *Volontà e responsabilità nella stipulazione dei trattati internazionali*, in *Riv. di dir. internaz.*, V. 1910; Corso, I, p. 124 segg. [Diversamente nelle successive edizioni; ed. tedesca, pp. 104, 275].

di fatto, come si è da taluno affermato⁹⁹: essa è invece un dato giuridico, cioè un ordinamento che viene in considerazione come tale. L'opinione contraria muove dal solito principio che il diritto è, tutto e immediatamente, la norma concernente i rapporti per cui i subbietti di essi hanno diritti o doveri: concezione questa che abbiamo cercato di dimostrare, in generale, inesatta. Riprendendo la figura di cui ci siamo giovati un momento fa, è a dire che, in quanto il diritto internazionale attribuisce diritti o doveri agli Stati, questi appaiono come unità, ma a tale unità si perviene dallo stesso diritto internazionale, facendo uso di parentesi, in cui si chiudono alcune parti del diritto interno degli Stati, che per il primo sono rilevanti. Su queste parti esso non influisce, ma ciò nonostante, sente il bisogno di tenerle presenti, di indicarle, appunto come elementi costitutivi di quell'unità che è la personalità di ciascun Stato. Né è a dire che il presupposto di un ordinamento giuridico, appunto perché presupposto, rimane fuori di questo e quindi non ha carattere giuridico: anzi tutto, esso, in quanto è preso in considerazione da un ordinamento, dà luogo ad un carattere essenziale di quest'ultimo, un carattere da cui deriva una serie dei suoi principii; in secondo

⁹⁹ MARINONI, *La responsabilità degli Stati* ecc., *passim*, e specialmente, p. 115 segg. Più in generale, anzi, il Marinoni afferma (p. 162 segg.), che « la correlazione fra l'ordine giuridico interno e l'ordine giuridico internazionale non può essere che extragiuridico ». Ciò muove sempre dall'opinione che lo Stato sia un ente di fatto, che diventa ente giuridico per ciascun ordinamento. Invece, noi diciamo: lo Stato non può concepirsi in nessun momento se non come ente giuridico. Ciò non esclude che la sua figura giuridica sia, pel diritto internazionale, diversa da quella che esso ha per il suo diritto interno: però quest'ultima non può non esser giuridicamente rilevante per la prima, almeno come suo presupposto [v. anche la nota 95 *bis*].

luogo, bisogna guardare come è preso in considerazione, e nulla vieta che un altro ordinamento lo consideri come ordinamento e non altrimenti.

Ciò è vero non solo per quanto concerne l'organizzazione dello Stato necessaria per la costituzione o la manifestazione della sua volontà nel campo del diritto internazionale, ma per molti altri punti¹⁰⁰. Chi rinuncia a tener conto di tale principio, non può intendere pienamente alcuni caratteri fondamentali del diritto internazionale. Se questo non riconosce altri subietti che non siano Stati^{100 bis}; se alcuni Stati considera privi di capacità, e così via, sono problemi che non si risolvono convenientemente se non si ha riguardo alla costituzione interna degli Stati. È su questa costituzione che, in parte, il diritto internazionale fa assegnamento perché le sue norme siano osservate, e, ove essa sia tale da non dare gli affidamenti necessari, non si ha un soggetto idoneo per tale diritto. Questo può essere, com'è, un diritto fra soggetti uguali, su cui non esercita il suo impero alcun altro soggetto, perché l'ordinamento interno di ciascun Stato riconosciuto contiene, implicitamente o esplicitamente, la norma fondamentale che impone ai suoi organi, almeno come regola, il rispetto del diritto internazionale e l'emanazione di quegli atti che valgano a farlo rispettare dai sudditi. Il diritto internazionale non è certo obbligatorio direttamente per gli organi e i cittadini dello Stato, ma presuppone una norma

¹⁰⁰ V. in TRIEPEL, op. cit., p. 290 segg. e ANZILOTTI, *Il diritto internazionale* ecc., p. 59 segg., molti esempi di norme di diritto interno presupposte dal diritto internazionale.

^{100 bis} [Ritengo adesso che gli Stati non siano i soli soggetti del diritto internazionale (v. il mio *Corso di dir. internaz.* cit., p. 58 segg.): comunque agli altri soggetti si possono pure riferire le osservazioni fatte nel testo per gli Stati].

di diritto interno che assicuri, in massima e sia pure in modo relativo e condizionato, che quest'ultimo non si atteggi così da rendere inosservabili da parte dello Stato i suoi impegni verso gli altri membri della comunità internazionale. Così quando si dice, che l'ordine giuridico interno, distinto da quello internazionale, può anche essere a questo contrario, si dice cosa esattissima, ma che deve intendersi rettamente: la divergenza potrà concernere questo o quel rapporto, questo o quel caso, ma della società degli Stati, regolata dal diritto internazionale, non è possibile che faccia parte uno Stato, il quale non è organizzato o costituito in modo da assicurare — ripetiamo: in massima e per principio generale — la conformità della sua condotta alle regole di quella società. Ond'è che, da questo punto di vista, è tutt'altro che inesatto dire che il diritto internazionale trova una parte notevole delle sue garanzie nel diritto interno. Certo, se la garanzia si concepisce come sanzione o coazione, che debba risolversi in una norma che protegga l'osservanza di un'altra (v. § 8), tale norma non può appartenere che al medesimo ordine giuridico di cui fa parte la norma protetta. Ma se per garanzie si intendono anche quelle indirette e relative, su cui un ordinamento può fare assegnamento, esse possono ben trovarsi nella struttura interna dei suoi subbietti, nella loro stessa organizzazione, e, quindi, nei presupposti dello stesso ordinamento (§ 18). Anzi, come si è visto e com'è intuitivo, non solo le garanzie, ma anche l'esistenza del diritto internazionale si fondano su questi presupposti.

§ 38. Quanto al contenuto, un ordinamento giuridico può essere rilevante per un altro a diversi titoli e con diverse figure.

a) Anche qui la prima ipotesi, alla quale bisogna

accennare, è quella di un ordinamento che, in forza della sua superiorità, determina, direttamente o indirettamente, il contenuto che deve avere un altro. Lo Stato, per esempio, influisce sull'ordinamento dei Comuni, o costituendolo immediatamente per mezzo delle proprie leggi, o anche regolando l'autonomia di essi, in modo che, quando stabilisce le condizioni, dalle quali fa dipendere, come si è visto, la validità delle esplicazioni di questa autonomia, fra tali condizioni ne pone alcune che concernono, per l'appunto, il contenuto che deve avere l'ordinamento che i Comuni danno a se stessi.

Anche l'autonomia dei privati, dato sempre per ipotesi che essa possa esser fonte di diritto obbiettivo, importa che, pel contenuto di quest'ultimo, possa esser rilevante il diritto statuale, che ne costituisce il primo fondamento e la condiziona in tutti i sensi.

Sostanzialmente diverso è invece il caso, in cui un ordinamento è bensì superiore ad un altro, ma si tratta di una superiorità limitata, non solo dai suoi stessi caratteri o dalle stesse sue norme, ma anche da un'indipendenza propria e originaria dell'ordinamento inferiore, che si contempera con quella superiorità. Ciò principalmente avviene nelle relazioni fra il diritto internazionale e il diritto statuale interno. Come il primo non può influire sulla esistenza del secondo e sulla validità delle sue varie manifestazioni, così, per lo stesso principio e per ulteriore applicazione di esso, non può immediatamente determinare il suo contenuto. Tuttavia, può influire su quest'ultimo imponendo o vietando allo Stato di emanare un determinato diritto obbiettivo, o, viceversa, autorizzandolo a ciò. Resta, ad ogni modo, fermo il principio che, se lo Stato contravviene a tali disposizioni di diritto internazionale e dà al suo ordinamento un contenuto a queste non conforme, esso avrà violato

un suo dovere internazionalmente rilevante, ma il suo ordinamento interno sarà, in sé e per sé, pienamente legittimo. Solo da questo punto di vista e in questo senso, si può dunque parlare, come si parla comunemente, di una legislazione, esplicitamente o implicitamente, direttamente o indirettamente, imposta, vietata o permessa allo Stato dal diritto internazionale ¹⁰¹. E non è a dimenticarsi, che il diritto o il dovere, posto da quest'ultimo, di emanarla o di non emanarla, non è la stessa potestà legislativa dello Stato, che ad esso deriva dal diritto interno e non può essere regolata dal diritto internazionale ¹⁰², ma è un diritto o un dovere che lo Stato ha di fronte agli altri Stati, e che esso esercita o, rispettivamente, osserva per mezzo dell'uso che fa del suo potere legislativo. Il che, in altri termini, implica la conseguenza che l'ordinamento internazionale può influire sul contenuto dell'ordinamento statale, non per forza immediata delle sue disposizioni, *ipso iure*, ma solo in conseguenza e a motivo dell'eser-

¹⁰¹ V., salvo le divergenze particolari, TRIEPEL, op. cit., p. 253 segg.; ANZILOTTI, *Il diritto internazionale*, p. 49 segg.; CORSO, I, p. 33 segg. [ed. tedesca, p. 42]; DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino 1906, p. 347 segg.; MARINONI, *La responsabilità degli Stati* cit., p. 151 segg.; GHIRARDINI, *Il diritto processuale civile internazionale italiano*, I, Spoleto 1914, p. 76 segg. [nonché molti autori più recenti: v., fra gli altri, PERASSI, *Lez. di dir. internaz.*, Roma 1937-1938, I, p. 26 segg.; II, p. 14 segg.; ROMANO, *Corso di dir. internaz.*, ⁴, p. 50 segg.; ecc.].

¹⁰² In senso alquanto diverso, v. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale* ecc., p. 184 segg.; CORSO, I, p. 37 [; adesso nell'ed. tedesca, p. 43, in senso conforme a quanto sosteniamo nel testo]. Confr., invece, DONATI, *I trattati* ecc., p. 290 segg.; *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 454 segg. [e adesso anche AGO, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 66; BALLADORE PALLIERI, *Dir. internaz. pubblico* ³, p. 55 segg.].

cizio di un diritto subbiettivo o dell'osservanza di un dovere subbiettivo, che allo Stato deriva dal primo, di fronte agli altri Stati. In ultima analisi, è sempre lo Stato che determina il contenuto del proprio ordinamento, ma ciò non toglie che su questa determinazione possa influire il diritto internazionale, nel senso accennato.

Donde la conseguenza, che il diritto internazionale che, per la sua natura e il suo contenuto non dà mai norma né agli organi dello Stato né, in genere, ai suoi sudditi, non costituisce parte integrante del diritto interno, che è la fonte esclusiva di quelle norme e di quegli atti che possono essere necessari anche per l'osservanza del diritto internazionale. Però i rapporti che da quest'ultimo derivano sono da considerarsi come giuridicamente rilevanti anche per il diritto interno, non come sua fonte, ma in quanto possono metterlo in movimento e determinare l'ulteriore applicazione o osservanza di norme in esso già contenute. Fra le quali, ottiene il primo posto quella dianzi ricordata (§ 37), che impone, in genere e salvo esigenze superiori, il rispetto dei doveri internazionali.

Da qui anche il corollario che, quando lo Stato, invece di regolare appositamente una materia o un caso, si riferisce a quel che dispone il diritto internazionale, ciò non importa assunzione di tale diritto ad ordinamento regolatore di quella materia: essa, infatti, pel suo contenuto e pei subbietti che concerne, non può non essere sostanzialmente diversa da quella contemplata dal diritto internazionale. Un siffatto riferimento, che si chiama spesso rinvio, ma che a noi non sembra tale (v. § 37), può invece importare emanazione indiretta di diritto interno conforme a quello che il diritto in-

ternazionale impone o permette di emanare¹⁰³. Così, quando si ordina puramente e semplicemente l'esecuzione di un trattato, tale ordine significa emanazione delle norme necessarie per siffatta esecuzione, non mediante la loro espressa formulazione, ma lasciandole desumere dall'interprete, al quale, mediante la pubblicazione, si rende noto il trattato.

Figure analoghe, che la dottrina non ha rilevato, ma che non sono perciò meno interessanti, possono aversi nei rapporti rispettivi dell'ordinamento dello Stato o di quello della Chiesa con un diritto superiore ad entrambi, qual è quello che si istituisce per mezzo dei concordati fra questi due enti.

§ 39. *b*) Può inoltre dirsi che, pel tramite di un ordinamento inferiore, sul contenuto di un diritto possa influire il contenuto di un altro o di più altri ordinamenti che direttamente non potrebbero pretendere di essere presi in considerazione dal primo. Anche di ciò offre esempi il diritto internazionale, in quanto si propone di coordinare fra loro gli ordinamenti dei singoli Stati, in modo che questi siano obbligati a dare ciascuno al proprio un contenuto circoscritto con vari criteri, che ora importano il dovere negativo di non estenderlo se non al proprio territorio e ai propri sudditi, ora importano anche il dovere positivo di riferirsi in certe materie al diritto degli altri Stati. Di che natura sia tale riferimento e quali conseguenze implichi, è un problema,

¹⁰³ V. per tutti ANZILOTTI, *Il diritto internazionale*, p. 74 segg.; DONATI, *I trattati*, p. 285 segg. [e, in genere, la letteratura più recente]. È noto come la dottrina più antica e la giurisprudenza siano in senso contrario e, specialmente pei trattati internazionali, ammettano spesso che essi diventino leggi dello Stato.

com'è noto, molto discusso, al quale potremo, in breve, accennare nel paragrafo seguente, a proposito di un'altra ipotesi in cui esso analogamente ricorre.

Così pure, in un sistema concordatario, lo Stato e, reciprocamente, la Chiesa possono avere l'obbligo di emanare delle norme o stabilire delle istituzioni, sempre per effetto e in obbedienza del concordato, ma non secondo disposizioni precisate direttamente da quest'ultimo, sebbene tenendo conto di norme o istituzioni dell'altro ente, cui il concordato medesimo si riferisce.

§ 40. c) Anche la determinazione unilaterale di un ordinamento può essere il titolo perché su di esso abbia influenza il contenuto di un altro, sia questo indipendente dal primo, sia sottoposto.

Così, mentre il diritto dello Stato è rilevante pel contenuto del diritto comunale, come si è visto, in forza della sua superiorità, reciprocamente quest'ultimo può essere rilevante pel primo, per effetto delle stesse disposizioni statuali. È ovvio infatti che, data la posizione che i Comuni, come gli altri enti autarchici, assumono di enti sussidiari dello Stato, di suoi organi indiretti, lo Stato, che conta sulla loro esistenza e sulla loro attività, fa a meno di costituire certi organi propri, immediati, per l'esercizio di funzioni che esso sa che vengono esercitate, anche nel suo interesse, dagli enti medesimi. L'autarchia offre dunque un esempio interessante dell'influenza reciproca di due ordinamenti giuridici, dei quali l'uno, che pure dipende dall'altro, reagisce su quest'ultimo dandogli motivo di atteggiarsi da sé in modo da tener conto del primo.

Frequentissimo poi è il caso in cui lo Stato, senza esservi tenuto, almeno specificamente, dal diritto internazionale, determina il proprio ordinamento con ri-

guardo all'ordinamento degli altri Stati. Già tutto il c. d. diritto interno in materia internazionale, anche quello che non è emanato in conseguenza del diritto internazionale iperstatale, postula l'appartenenza dello Stato alla società internazionale, quindi il riconoscimento degli altri Stati come ordinamenti giuridici, quindi ancora una serie di relazioni fra i vari ordinamenti statuali ¹⁰⁴. In particolare poi, il così detto diritto internazionale privato è, da questo punto di vista, caratteristico. Secondo una distinzione ¹⁰⁵, divenuta ormai comune, si hanno in primo luogo — poche o molte che siano — delle norme vere e proprie di diritto internazionale, che riguardano il coordinamento degli ordinamenti giuridici statuali. Quando si è in presenza di queste norme, siamo nel caso precedentemente accennato, in cui il contenuto dell'ordinamento dello Stato è rilevante pel contenuto dell'ordinamento di un altro Stato, pel tramite di un ordinamento superiore ad entrambi che è il diritto internazionale. Senonché, può, in secondo luogo, avvenire che, andando oltre queste norme o in loro mancanza, sia lo Stato stesso che, da sé, spontaneamente, coordini il proprio diritto a quello degli altri Stati. In verità, è molto controverso se fra questo caso e il primo ci sia quella differenza sostanziale e irriducibile, che la dottrina più moderna si compiace di accennare. Infatti, tale coordinamento si è spesso concepito, in vari sensi, come un'esigenza, non soltanto di fatto e materiale, ma anche giuridica che si imporrebbe

¹⁰⁴ V. GHIRARDINI, *Il diritto processuale civile* ecc., p. 50 segg., dov'è la più recente e diffusa analisi del concetto di diritto interno in materia internazionale, e la bibliografia ivi citata. [V. anche il mio *Corso di dir. internaz.* ⁴, p. 10 segg., 51, 52].

¹⁰⁵ V. su di essa, principalmente, ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, Leipzig 1897, p. 73 segg.

al legislatore di ogni Stato e gli farebbe assumere, come è stato detto, una funzione internazionalistica, in quanto integrerebbe le lacune e le deficienze del diritto internazionale iperstatale ¹⁰⁶. A noi sembra che si sia andati troppo oltre nella confutazione di siffatte vedute ¹⁰⁷, che, per quanto possano aver bisogno di una più precisa formulazione, contengono un elemento di verità, che semplicisticamente si tende oggi a trascurare. Certamente, esse non possono più difendersi, come faceva la dottrina tradizionale, movendo da principii giusnaturalistici, cioè ponendo al di sopra dei singoli Stati non solo il diritto internazionale positivo, ma anche, oltre di esso, una serie di norme razionali, che ora si è concordi nel considerare estragiuridiche. Ma il problema non viene così risolto o, meglio, eliminato: esso non fa che cambiare d'aspetto. Si è, infatti, notato che, se manca, nell'ipotesi configurata, una norma di diritto internazionale che specifichi l'obbligo dello Stato di avere un ordinamento con un dato contenuto, tenendo conto dell'ordinamento degli altri Stati, si avrebbe pur sempre l'obbligo generico e indeterminato di escludere l'assoluta territorialità del proprio diritto, in modo che ciascuno

¹⁰⁶ ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca San Casciano 1898, *passim* e p. 132 segg.; *Il diritto internazionale* cit., pp. 122 segg., 149 segg.; FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologna 1905, p. 6 segg.; DIENA, *Principii di diritto internazionale*, II, n. 37; [*Dir. internaz. privato*, 1917, pp. 27, 97]; *Considerazioni critiche sul concetto dell'assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno*, in *Rivista di dir. pubblico*, 1913, I, p. 332 segg.; OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sull'efficacia delle norme interne di diritto internazionale privato*, Torino 1913, *passim*, pp. 10 segg., 70 segg.

¹⁰⁷ V., fra gli ultimi, DONATI, *I trattati*, p. 440 segg. in nota; MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in *Rivista di dir. internazionale*, 1913, p. 457 segg.; GHIRARDINI, op. cit., pp. 13, 36 segg.

Stato sarebbe libero solo circa il modo di intendere e di attuare tale obbligo. Se questa formula può sembrare ed è in verità molto vaga, ciò nondimeno contiene, a nostro avviso, un avviamento alla giusta soluzione, la quale si potrebbe forse ottenere (qui non è il caso di dilungarci su un problema particolare) applicando i concetti che abbiamo svolti circa il diritto in generale. Questo non consta soltanto di norme e, quindi, non si fa valere soltanto con le sue norme, come universalmente si crede, ma anche con la sua esistenza complessiva, cioè come istituzione che, pel semplice fatto che è, ha una rilevanza giuridica, per quelli che ne fanno parte. Inoltre l'ordinamento internazionale agisce sui singoli Stati in due modi: 1) con norme singole che impongono ad essi diritti e doveri nei loro reciproci rapporti, e allora si ha il diritto internazionale, che, pel caso che contempliamo, può imporre agli Stati l'obbligo preciso e tassativo di coordinare, con questo o quel criterio, i rispettivi ordinamenti interni; 2) limitandosi a segnare per essi (questo momento è anzi logicamente anteriore al primo) una posizione generale, uno *status* — quello di membri della società internazionale — e noi sappiamo (§ 23) che tale posizione, qualità o *status*, che dir si voglia, è giuridicamente rilevante da per sé, anche quando non si scompone e non si riduce in diritti o doveri singoli, anzi perché afferma l'impossibilità di questa riduzione. Una conseguenza di essa (e quindi del diritto internazionale da cui deriva) è che ciascuno Stato resta, per così dire, *affetto* da tale qualità, non ne può e anche non ne vuole prescindere, e ne tien conto nel suo ordinamento interno. Questo dunque rimane influenzato dal diritto internazionale, nel primo caso, per i *rapporti* (che danno luogo a diritti e doveri fra gli Stati), che esso stabilisce; nel secondo caso, per uno

status generico, ma non perciò giuridicamente irrilevante, che a ciascun Stato proviene da tutto il complesso dell'istituzione in cui si concreta la *societas gentium*.

Per esplicitare la sua qualità di socio, e quindi coordinare il suo ordinamento con quello degli altri Stati consoci, esso, in questa ipotesi, come del resto nella precedente e salva la differenza accennata, comincia col limitare la sfera, non già della semplice applicazione — come comunemente si ritiene — ma dell'effettivo contenuto del proprio ordinamento e contemporaneamente stabilisce che, nel campo in cui questo, per dir così, si arretra, subentri il contenuto di un ordinamento straniero, scelto e determinato con criteri che possono variare. Si hanno così due principii, che importa tenere idealmente distinti, per quanto praticamente si compenetrino, di regola, in un'unica disposizione¹⁰⁸: il primo, che segna i confini posti dall'ordinamento statuale a se stesso; il secondo che rinvia al diritto straniero. Questi due principii sono fra di loro intimamente collegati, perché il motivo per cui il legislatore dichiara la sua incompetenza a regolare da sé una data materia è che esso riconosce la competenza del legislatore straniero¹⁰⁹; ma è bene distinguerli perché, in ipotesi ben diversa da quella che qui facciamo, può darsi che l'esclusione che fa lo Stato della propria potestà legislativa da una

¹⁰⁸ Cfr. GHIRARDINI, op. cit., p. 33 segg., salvo che egli parla di un divieto di *applicare* la legge nazionale e di un comando di *applicare* la legge straniera, mentre, secondo noi, siamo in un momento anteriore all'applicazione della legge, cioè in quello in cui vien fatta la legge, con un determinato contenuto, che importa l'esclusione o il richiamo della legge straniera.

¹⁰⁹ ANZILOTTI, *Studi critici*, p. 108 segg.; *Il diritto internazionale*, p. 128 in nota.

materia, sia dovuta al fatto che questa si ritiene giuridicamente irrilevante (§ 46), e, quindi, manca il richiamo ad altro ordinamento. Nel caso nostro, invece, la materia, di cui si tratta, è considerata giuridicamente rilevante per l'ordinamento dello Stato e quindi per tutte le sue funzioni che possono aver qualche rapporto con essa: per la funzione giudiziaria, per quella amministrativa, e anche per la legislativa. Senonché, in riguardo a quest'ultima, lo Stato non fa uso del potere che avrebbe di regolarla nel suo contenuto; la legge se ne occupa sempre, ma solo negativamente e per far posto all'ordinamento di un altro Stato, che la regola positivamente. L'uno e l'altro principio costituiscono una norma di diritto interno, che tende, in questo senso, non a risolvere (come si dice comunemente, guardando sempre al momento posteriore dell'applicazione), ma ad impedire i c. d. conflitti o concorsi delle potestà legislative di più ordinamenti, che possono avere in comune la medesima materia. Questa norma, che, seguendo una terminologia molto usata, si può dire di collisione, varrà naturalmente solo per lo Stato che la pone. Il conflitto sarà eliminato solo rispetto al suo ordinamento, a differenza di quel che avverrebbe se una norma internazionale ne imponesse l'obbligo a tutti gli altri Stati.

All'ammissibilità di tale norma di collisione si sono rivolte, com'è noto, parecchie obiezioni. Si è affermato che una norma giuridica, per essere tale, non può avere per oggetto il rapporto fra leggi diverse, la determinazione della legge competente a regolare una data categoria di fatti, perché essa deve concernere esclusivamente dei rapporti fra soggetti che le sono subordinati¹¹⁰. Ciò è una conseguenza di quella incompleta

¹¹⁰ DONATI, *I trattati*, p. 441 segg., in nota V. anche BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, p. 153 in nota.

concezione del diritto obbiettivo, che riduce questo al solo regolamento di rapporti subbiettivi e che noi abbiamo confutata (v. sopra, *passim* e § 22). Si è pure detto che una norma interna non può porre un limite dell'ordinamento, di cui è parte, rispetto a quello straniero, perché questo è estraneo a quello, e non vi è possibilità di correlazione, d'interdipendenza: solo il diritto internazionale potrebbe, mediatamente, riguardare la correlazione di vari ordini statuali¹¹¹. Questo ragionamento si potrebbe anzi tutto ribattere osservando che, se si ammette che tale correlazione possa formare *mediatamente* oggetto del diritto internazionale, ciò significa che non solo essa può, ma, in questo caso, deve formare oggetto *immediato* di diritto interno: altrimenti, che importanza avrebbe quella norma, così intesa, del diritto internazionale? In mancanza di essa poi, ammesso pure che l'ordinamento statale abbia la possibilità giuridica di fare assoluta astrazione dall'ordinamento degli altri Stati, ciò non toglie che, quando per un qualsiasi motivo, anche di semplice convenienza, stabilisce di tenerne invece conto, è chiaro che, in forza di questa sua *determinazione*, l'ordinamento straniero diventa per esso rilevante. Certo, prima, il conflitto fra i diversi ordinamenti statuali non si può considerare che come un conflitto pratico, di fatto, ma da questo momento in poi esso diventa conflitto giuridico, s'intende, rispetto a quell'ordinamento che lo considera tale ed emana disposizioni per eliminarlo. In altri termini, lo Stato prende in considerazione il fatto reale, che una persona, una cosa, un rapporto qualsiasi possono ricadere contemporaneamente nell'ambito di parecchi ordinamenti, e, per conto proprio, con i mezzi di cui dispone, regola questo fatto,

¹¹¹ MARINONI, *La natura giuridica ecc.*, loc. cit., p. 465 in nota.

che quindi assume per esso la figura di un fatto giuridico, scegliendo uno di quegli ordinamenti, che può non essere il proprio. Tale scelta può non avere alcuna importanza pel diritto degli altri Stati in questione, e anche pel diritto internazionale iperstatuale, ma ha rilevanza per lo Stato che lo compie. In questo senso, la parola « conflitto », usata dalla teoria tradizionale, non è da respingersi. Senonché, si tratta di un conflitto, che non si presenta primieramente davanti al giudice, come questa dottrina riteneva, movendo dal concetto giusnaturalistico che i vari ordinamenti stranieri potessero avere valore, nello Stato, da sé, indipendentemente dal riconoscimento fattone dal legislatore di questo; ma si presenta invece al legislatore e, soltanto per opera di esso, assume rilievo giuridico.

Tutto ciò importa logicamente anche la conseguenza che il diritto straniero, a cui il diritto di uno Stato rinvia, valga per questo, nell'ipotesi configurata, come diritto straniero ¹¹²; mentre, com'è noto, alcuni, partendo da principii diversi, ritengono che si tratti sempre di un rinvio non formale, ma ricettizio e che la legge straniera venga quindi trasformata in legge propria dell'ordinamento che la richiama ¹¹³. Se così si crede, non si può più evidentemente, parlare di conflitti: non si ha un contrapposto fra il diritto straniero e il diritto nazionale,

¹¹² V. per tutti ZITELMANN, op. cit., p. 257 segg.: del resto è l'opinione dominante.

¹¹³ V., a prescindere dagli accenni più o meno vaghi, che è dubbio se vogliano essere formulazioni di una dottrina vera e propria, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* ³, Napoli 1912, p. 303 segg.; DIANA, *La sentenza straniera ed il giudizio di delibazione*, in *Rivista di dir. internazionale*, 1905, p. 73; BIERLING, op. cit., IV, p. 153 in nota; KLEIN, *Die Revisibilität des internationalen Privatrechts*, in *Böhm's Zeitschrift*, 1903, p. 353 segg.; MARINONI, *La natura giuridica ecc.*, loc. cit.

ma una parte integrante di quest'ultimo, naturalmente armonizzata col resto, che solo materialmente ha un contenuto identico a quello del diritto di un altro Stato, cui si richiama unicamente per comodo e per non ripetere *in extenso* le disposizioni. Senonché, tale concezione è, secondo noi, assolutamente infondata. Il rinvio al diritto straniero è infatti da ricollegarsi al principio, che l'ordinamento statuale ha limitato se stesso: il che significa che il diritto straniero è chiamato ad imperare in un campo in cui questo non impera e, quindi, il primo non può valere come parte del secondo. Che sia così, è provato, oltre che da tutto l'anzidetto, dalla considerazione che la tesi contraria non è affatto sostenibile quando la norma straniera è riconosciuta dal diritto di uno Stato in conseguenza di un precetto di diritto internazionale iperstatuale, per cui si ha una materia che è vietato allo Stato medesimo di regolare da sé, dovendone invece ammettere il regolamento fattone da un altro Stato. In questa ipotesi, si deve almeno presumere che il rinvio al diritto di quest'ultimo sia fatto in applicazione di quel precetto internazionale e quindi non abbia natura ricettizia¹¹⁴. Ora lo stesso può evidentemente avvenire quando l'ordinamento di uno Stato non regola in modo positivo una data materia, per sua spontanea determinazione. Fra i due casi non c'è alcuna differenza: del resto, anche quando esiste l'obbligo internazionale di cui si è fatto cenno, l'adempimento di esso avviene mediante una disposizione del potere legislativo che riconosce, come nel secondo caso, che esso deve restringersi in un dato campo e lasciare un altro campo al diritto straniero. Quel che varia è il motivo

¹¹⁴ DONATI, *Stato e territorio*, loc. cit., p. 514 in nota.

per cui ciò avviene, ma il risultato, dal punto di vista del diritto interno, è il medesimo.

Né si dica che, in tale ipotesi, si avrebbe uno Stato che conferirebbe una competenza legislativa allo Stato straniero. Si tratta di un processo che si svolge tutto nell'ambito del diritto interno di quello Stato che si limita da sé, per suo conto, e attribuisce un qualche valore all'ordinamento di un altro Stato senza entrare con quest'ultimo in rapporto. È un coordinamento unilaterale delle competenze legislative di vari Stati, che ha conseguenze per lo Stato che lo compie, non per gli altri, a meno che essi, alla loro volta e per loro conto, non le vogliano. Ciascuno Stato non regola che la propria competenza legislativa, e la regola anche quando la limita.

Si è pure obiettato che, se il diritto straniero rimanesse tale, si dovrebbe venire alla conseguenza che gli stranieri sarebbero subbietti di diritto solo secondo l'ordinamento del proprio Stato, e non secondo gli ordinamenti degli altri Stati, nonostante il rinvio di quest'ultimo al primo: essi, quindi, sarebbero per tale ordinamento privi di capacità giuridica ¹¹⁵. Si può rispondere che ciò sarebbe, caso mai, vero se la loro capacità fuori il loro Stato si dovesse desumere soltanto da questo rinvio. Ma essa può invece essere dichiarata da un'altra norma che, secondo noi, non rientra nel campo del c. d. diritto internazionale privato, e, sotto certi punti, di vista, ne è il presupposto ¹¹⁶. E infatti, tale norma, nel diritto italiano, non è contenuta nelle disposizioni preliminari al codice civile, che son quelle di diritto interna-

¹¹⁵ MARINONI, op. e loc. cit., p. 474.

¹¹⁶ Confr. ZITELMANN, op. cit., I, p. 256 segg.; ANZILOTTI, *Il dir. internazionale*, p. 124 in nota; GHIRARDINI, op. cit., pp. 26, 65 segg.

zionale privato, ma nell'art. 3 del codice stesso ^{116 bis}.

Così, nell'ipotesi che facciamo, il rinvio al diritto straniero implica, secondo noi, 1) una delimitazione dell'ordinamento giuridico di uno Stato, come premessa della 2) dichiarazione che una data materia è regolata dal diritto straniero come tale. Della disposizione, che può inoltre aversi ¹¹⁷, per attribuire a quest'ultimo, nello Stato che opera il rinvio, un'efficacia, che può essere coincidente, minore o anche maggiore, di quella che esso ha nel proprio Stato, diremo in seguito (§ 42), sembrandoci che tale disposizione abbia un rilievo tutto suo e che non sempre e necessariamente si traduca, almeno per intero, nella c. d. norma di collisione. Questa riguarda il *contenuto* dell'ordinamento di uno Stato rispetto a quello di un altro Stato, l'altra invece riguarda gli *effetti* del diritto straniero per il diritto statale che vi si richiama.

Ciò non toglie che, in altri casi, invece di un rinvio formale, possa aversi un rinvio ricettizio. In tale ipotesi, il contenuto di un ordinamento giuridico diventa rilevante per un altro, in quanto questo vuole, in alcune sue parti, essere uniforme al primo; esso dunque non si limita, ché, anzi, afferma che una data materia ricade nel suo ambito, soltanto regola questa materia, non direttamente, ma con dei « precetti in bianco », che vengono in fatto e materialmente riempiti dall'ordinamento cui si rinvia. A stretto rigore, non si ha quindi un rap-

^{116 bis} [Invece essa è stata ora compresa nelle disposizioni preliminari (art. 16) del cod. civ. del 1942].

¹¹⁷ Qui non importa indagare in che connessione stiano fra loro questi diversi momenti; se si tratti di norme ciascuna autonoma, se esse si completino l'una con l'altra, se e in che modo tutte si rianodino ad altre ancora, cioè a quelle che regolano i vari rapporti concreti.

porto fra due ordinamenti, ma un semplice modo di esprimersi e di determinarsi di uno di essi.

Ciò che avviene nelle relazioni fra ordinamenti di più Stati può anche del resto avvenire, dando luogo a figure analoghe che chiariscono quelle di cui è fatto parola, nelle relazioni fra altri ordinamenti, che non sono state dalla dottrina approfondite¹¹⁸, ma che meritano molta considerazione.

La Chiesa, per esempio, che, com'è noto, afferma la sua perfetta autonomia di fronte allo Stato, pur nondimeno rinvia talvolta alle leggi di quest'ultimo, cioè alle leggi civili. E questo rinvio può avere un diverso carattere. Talvolta si tratta di un rinvio ricettizio, nel senso che le leggi civili diventano parte integrante dell'ordinamento interno della Chiesa. Così avviene quando l'antico diritto ecclesiastico rinviava al diritto romano, come a sua fonte sussidiaria, per quei casi che il primo non regolava direttamente con disposizioni da esso formalmente emanate. E un rinvio in tal senso ricorre in modo più evidente e più caratteristico per le leggi civili *canonizzate*, cioè solennemente non solo approvate, ma spiritualizzate e fatte proprie dall'ordinamento ecclesiastico. Viceversa si ha spesso un rinvio non ricettizio. Ci sono, infatti, materie che interessano la Chiesa, che sono per essa giuridicamente rilevanti, ma che non ricadono nell'ambito della sua potestà normativa, perché concernono

¹¹⁸ V., tuttavia, fra gli altri, SCHERER, *Handbuch* cit., § 34; SÄGMÜLLER, *Lehrbuch* cit., p. 104; [ed. 1925, p. 52]; WERNZ, *Jus decretalium*, I, 294 segg.; [*Ius canonicum* ³, p. 369]; JEMOLO, *Il valore del dir. della Chiesa nell'ordinamento giur. it.*, loc. cit.; *Corso di diritto ecclesiastico*, Roma 1945, p. 72 segg.; DEL GIUDICE, *Il dir. dello Stato nell'ordinamento canonico*, loc. cit.; CHECCHINI, *Introduz. dogmatica al dir. ecclesiastico it.*, p. 63 segg.; D'AVACK, op. e loc. cit.; e altri citt. nelle note 82^{bis} e 94^{ter}].

res mere civiles. In quest'ipotesi, l'approvazione che ne fa la Chiesa e il loro richiamo non può significare che tali leggi diventano parti del diritto ecclesiastico, perché ciò sarebbe in contraddizione col principio di quest'ultimo, che arresta la competenza legislativa di fronte alle materie che si riconoscono spettanti allo Stato. Il che è specialmente chiaro quando si hanno quelle leggi civili, che, essendo contrarie agli interessi della Chiesa, ma non in tal grado da imporre la loro aperta disapprovazione, sono da questa *tollerate*: la tolleranza naturalmente esclude qualsiasi possibilità di ricezione vera e propria.

Dal canto suo, lo Stato rinvia frequentemente al diritto canonico: che se talvolta il rinvio può significare la statizzazione di quest'ultimo, altre volte invece ciò è da escludersi. Per esempio, quando uno Stato riconosce la competenza della Chiesa a regolare il matrimonio e attribuisce effetti civili al matrimonio religioso, ciò evidentemente non importa la trasformazione di questo in matrimonio civile, regolato con norme statuali che solo materialmente siano uguali a quelle della Chiesa: lo Stato vuole, invece, che il matrimonio rimanga un sacramento, che esso si dichiara incompetente a regolare e al quale, tuttavia, attribuisce rilevanza pel proprio diritto ^{118 bis}.

^{118 bis} [Questo sistema è stato, come è noto, adottato in Italia, in seguito al concordato dell'11 febbraio 1929. Sulle relazioni fra diritto dello Stato e diritto canonico, secondo tale sistema, molto si è discusso. Nel senso del testo, v. DEL GIUDICE, *Corso di dir. ecclesiastico*⁴, Milano 1939, p. 382 segg. V. una rassegna di opinioni diverse in AGO, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 117 nota; CHECCHINI, *Introduzione* cit., p. 124; D'AVACK, *Corso di dir. ecclesiastico* *it.*, Firenze 1937, p. 410 segg.; VASSALLI, *Lez. di dir. matrimoniale*, Padova 1932, p. 116 segg.; JEMOLO, *Corso* cit., p. 72 segg.; GANGI, *Il matrimonio*, p. 13; ecc.].

§ 41. *d*) Fin qui, la rilevanza del contenuto di un ordinamento per un altro si è esaminata in rapporto a più ordinamenti, che siano vigenti contemporaneamente, ciascuno nella propria sfera. Ma è da prendere in considerazione anche il caso in cui un ordinamento giuridico influisce, nel momento in cui la sua autonomia o la sua fonte si estingue, sul contenuto di un altro in cui si incorpora e che, per dir così, lo riceve in eredità.

Tale ipotesi è di solito esaminata avendo riguardo ai rapporti soggettivi che si determinano, quando un ente, per esempio, uno Stato o un Comune, si costituiscono o si ampliano con tutti o parte degli elementi di un altro ente, che così o si estingue, fondendosi oppure incorporandosi nel primo, o resta diminuito. Sorge allora il problema della successione fra questi enti, considerati come persone, problema che, secondo la comune impostazione, si riferisce all'assunzione o meno, da parte dell'ente successore, di diritti o obblighi spettanti prima all'altro ente estinto o ridotto. Esso poi può assumere aspetti particolarissimi, a seconda che si tratti di successione fra più Stati, nel qual caso è a tener conto di principii propri del diritto internazionale, o invece di enti di natura diversa e parti di un'altra organizzazione, come sarebbero i Comuni rispetto allo Stato o gli enti ecclesiastici, nel qual caso di dovranno invocare i principii del diritto statale, e, rispettivamente (a parte anche qui l'ingerenza dello Stato), del diritto ecclesiastico. Ma non di siffatto problema, e tanto meno dei suoi singoli aspetti, qui occorre occuparci: a noi interessa non la successione in rapporti soggettivi, determinata dal fatto cui abbiamo accennato, ma la successione che quest'ultimo ingenera fra gli ordinamenti giuridici, obbiettivamente considerati, degli enti medesimi. Crediamo però che una conveniente soluzione del primo

problema non possa ottenersi se non risolvendo esattamente il secondo. Questo nesso, talvolta intuito, ma non mai sviluppato, risulta chiaro dal nostro concetto di diritto obbiettivo. L'unione di un ente, cioè di un'istituzione, o di una sua parte, con un altro ente significa sempre e necessariamente unione di due ordinamenti giuridici. L'unione dei rispettivi territori, delle popolazioni, dei patrimoni ecc., non sono che conseguenza dell'unione fra gli stessi ordinamenti. Uno Stato che se ne annette un altro o una provincia di quest'ultimo non si annette solo tanti chilometri quadrati di terreno o tante migliaia di abitanti, ma si annette una vera e propria « organizzazione sociale », cioè, secondo il nostro concetto, un vero e proprio « ordinamento giuridico », che viene così a formare parte del suo. È quindi inesatto credere che si tratti di un'annessione di cose soltanto materiali, per poi domandarsi se questa implichi un trasferimento all'ente annettente di diritti e doveri spettanti all'ente cui quelle cose prima appartenevano. No: uno Stato, per esempio, che si ingrandisce con un altro o a spese d'un altro modifica per ciò stesso il suo ordinamento. Questa modificazione avviene, anzi tutto, estendendo, nel momento stesso dell'annessione, il proprio ordinamento sul territorio annesso. Ma, di regola, anche l'ordinamento già vigente nel territorio medesimo persiste, almeno in alcune parti, ad avervi vigore: il che significa che esso è ereditato dall'ordinamento dell'ente che si amplia e di quest'ultimo viene a costituire una parte più o meno integrante. Così esso, mentre prima o era autonomo o si appoggiava ad altro ordinamento, adesso si ricollega a quello dello Stato annettente, nel quale trova il suo fondamento giuridico, come le altre parti di cui quest'ultimo consta. Si ha in tal modo una novazione della sua fonte normale, ma si tratta di una

novazione che si potrebbe dire soggettiva, e che quindi non fa venir meno l'identità obbiettiva dell'ordinamento medesimo. Certamente lo Stato annettente potrà modificarlo o abrogarlo. Però, se e in quanto esso non lo avrà abolito o, meglio, sostituito, continuerà ad aver valore nel territorio annesso, con le manifestazioni già prodotte o che seguirà a produrre. Il titolo di questa persistenza o continuità non è, come si crede, un atto speciale, esplicito o implicito, dello Stato annettente, che abbia lo scopo diretto di mantenere in vigore, provvisorio o definitivo, tale diritto. Questo atto effettivamente manca o può mancare, e quel titolo è la stessa annessione, che, per la sua natura, produce quell'effetto, che, del resto, lo Stato annettente può rimuovere con un altro suo atto che modifichi il contenuto del diritto che ha assunto. Finché però questa rimozione non avvenga positivamente, si ha che l'ordinamento dello Stato medesimo resta nel suo contenuto influenzato da un altro ordinamento.

In questo senso si può parlare di successione¹¹⁹: successore è il subbietto annettente di fronte a quello annesso totalmente o parzialmente, e oggetto della successione è l'ordinamento di quest'ultimo o una sua parte, più o meno organicamente determinata. Donde la conseguenza che, dal punto di vista del diritto interno statale, si trasferiscono allo Stato annettente quei diritti o doveri che già trovavano e continuano a trovare

¹¹⁹ V., in senso contrario, MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 362 segg., movendo dal concetto che il mutarsi della fonte formale di un ordinamento implichi la sua estinzione assoluta e, quindi, il subentrare ad esso di un ordinamento affatto diverso: il che ci sembra ingiustificato, come risulta da ciò che abbiamo detto sul carattere di questa, per dir così, novazione di fonte.

la loro base nell'ordinamento annesso ¹²⁰, tranne quelli che, per la loro natura, implicano un necessario riferimento ad un subbietto determinato — lo Stato annesso o diminuito — che non sono quindi passibili di trasferirsi ad altro subbietto. Quale valore ciò poi abbia nei rapporti con altri Stati, cioè dal punto di vista del diritto internazionale, dipende dai principii propri di quest'ultimo, che qui non importa esaminare.

§ 42. Infine, le relazioni fra più ordinamenti giuridici possono esaminarsi in quanto gli effetti che si verificano in base ad uno di essi possono avere rilevanza per l'altro. In generale, gli effetti o l'efficacia, che dir si voglia, di un ordinamento si esplica nell'ambito che gli è proprio e si arresta invece davanti all'ambito dominato da un diverso ordinamento. Tale regola però non è assoluta, e può darsi che, oltre l'efficacia interna, un ordinamento ne abbia un'altra che si può dire esterna, cioè per un altro ordinamento, pur non influendo —

¹²⁰ In altro mio scritto, *Il Comune* (loc. cit.), n. 301 segg., avevo trovato il fondamento di tale successione nell'aderenza dei singoli diritti o doveri alle persone, ai beni, al patrimonio, al territorio, allo scopo, ecc., che si trasmettono da un ente all'altro. Praticamente, questo criterio risolve in modo completo e giusto i problemi cui la successione delle persone giuridiche dà luogo. Tuttavia, dal punto di vista teorico, conviene integrarlo, considerandolo come una conseguenza dell'altro più generale e logicamente antecedente, cui accenno nel testo, dell'aderenza ad un ordinamento giuridico, di cui le persone, i beni, il patrimonio, il territorio non sono che elementi, nel senso che abbiamo definito. Così si spiega anche quest'altra aderenza o connessione, che a taluno (FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 937 in nota), era sembrato un concetto troppo materialistico, non sufficiente a giustificare il titolo di un rapporto giuridico. [Per sviluppi e applicazioni dei concetti accennati nel testo, v. il mio scritto *Di una particolare figura di successione di Stati*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1925, p. 297 segg., il mio *Corso di dir. internaz.* ⁴, p. 129 segg., e i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XIV n. 8 e anche cap. VII, § 4, n. 5].

altrimenti si rientra nell'ipotesi sopra esaminata — sul suo contenuto. Vediamo al solito, per qual titolo ciò può avvenire, e, conseguentemente, con quali diverse figure.

a) La prima ipotesi, che occorre tener presente, è quella in cui fra due ordinamenti intercede un rapporto di superiorità o di correlativa subordinazione. Se tale subordinazione è completa, nel senso più volte accennato, è chiaro che l'ordinamento superiore potrà determinare quale efficacia esso possa o debba avere anche per l'ordinamento inferiore e, viceversa, quale efficacia quest'ultimo abbia pel primo. Dalle leggi dello Stato, per esempio, dipenderà il valore che un atto amministrativo o giudiziario dello Stato stesso avrà pel Comune, nonché quello che il regolamento o un atto del Comune, compiuto in base al proprio regolamento, avrà per lo Stato.

Più complesso è il caso in cui la subordinazione di un ordinamento giuridico verso un altro è soltanto parziale. Anzi, in tale ipotesi, non è facile tracciare alcun principio che abbia carattere di generalità, perché tutto dipenderà dal limite, che può essere vario, di siffatta subordinazione, nonché da altri elementi che, in modo diretto o indiretto, possono a questo limite ricollegarsi. Gli effetti, per esempio, che si producono in base al diritto della Chiesa in quanto valgono per uno Stato confessionale; quelli proprii dell'ordinamento di uno Stato federale rispetto agli Stati membri, e viceversa; quelli ancora del diritto internazionale rispetto ai singoli Stati e dei singoli Stati pel diritto internazionale, non possono essere considerati alla medesima stregua, ma abbisognerebbero di una particolare trattazione, per ciascuna categoria di essi, che qui sarebbe fuori posto.

b) Più direttamente è da considerarsi l'ipotesi che

diversi ordinamenti giuridici si affermino l'uno indipendente dall'altro: ne è esempio tipico il rapporto, per l'appunto di indipendenza, intercedente fra i diritti interni dei vari Stati. Senonché abbiamo visto come tale rapporto non impedisce che ciascuno Stato, per proprio conto e per mezzo di proprie disposizioni, dia rilevanza al diritto di altri Stati, riconoscendo il regolamento che essi fanno di certe materie e astenendosi dal regolarle positivamente da sé ^{120 bis}. Ora questo riconoscimento implica anche che al diritto straniero, così richiamato, si attribuisca una certa efficacia, ma resta ancora da determinare quale questa debba essere. Il più delle volte, infatti, essa non è coincidente con quella che l'ordinamento medesimo ha nell'ambito che gli è proprio. Ciò è particolarmente evidente nel caso che un ordinamento non voglia produrre gli effetti fuori dell'ambito territoriale dello Stato da cui deriva: allora, attribuirgli valore fuori di quest'ambito significa, com'è naturale, aggiungere alla sua efficacia. Ma anche quando l'ordinamento medesimo voglia, per esempio, imporsi per certi rapporti a tutti i suoi sudditi, nonostante che essi si trovino in uno Stato estero, e questo, dal canto suo, abbia rinunciato a sottoporli, per i rapporti di cui si tratta, alle proprie leggi, non si ha neppure in questo caso una necessaria coincidenza fra l'efficacia originaria dell'ordinamento e quella che gli è concessa dallo Stato che lo riconosce. Se quest'ultimo infatti non si limita ad un contegno puramente passivo, a prendere atto dei suoi

^{120 bis} [Su questo punto, v. il mio *Corso di dir. internaz.* ⁴, p. 52. V. in senso conforme CAVAGLIERI, *Lezioni di dir. internaz. privato* ³, Napoli 1933, p. 60 segg.; e in senso contrario AGO, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 102; *Règles générales*, p. 58 segg.; CECCHINI, *Introd. dommatica* ecc., p. 72. V. anche gli autori citati nella nota seguente].

effetti, ma applica esso stesso il diritto straniero, lo fa osservare con la sua forza e con la sua autorità, e così via, evidentemente gli presta un'efficacia che va al di là di quella che gli deriva dal proprio Stato che è la sola che si può dire veramente sua. Viceversa, l'ordinamento straniero non potrà conseguire gli effetti che siano per esso ammissibili, se si dimostrano contrari all'ordine pubblico, al buon costume, alle leggi proibitive dell'altro Stato: in quest'ipotesi, la sua efficacia resterà quindi diminuita, se non esclusa, nonostante il suo generico riconoscimento. Da questo punto di vista, si deve, almeno idealmente, distinguere la c. d. norma di collisione da quella che dispone un'efficacia del diritto straniero, cui la prima rinvia, il che non esclude che, praticamente e materialmente, si abbia spesso soltanto la seconda, che però presuppone sempre l'altra: e qui si può tralasciare di discutere se si tratta di due norme effettivamente diverse o di due momenti della medesima norma. Comunque, è importante rilevare che la disposizione relativa all'efficacia del diritto straniero non si risolve sempre in una norma di applicazione, sebbene, di solito, la dottrina si limiti a mettere in vista quest'ultima. Una norma di applicazione si ha quando si attribuisce efficacia immediata e diretta all'ordinamento straniero, considerato in sé e per sé, come sistema di diritto obbiettivo. Allora sarà necessario ordinare alle autorità, o anche ai singoli, di applicarlo, nei casi in cui si ammette la sua rilevanza. Ma può darsi che si tratti di riconoscere valore soltanto agli atti (supponiamo ad una sentenza) emanati dallo stesso Stato straniero in base al suo diritto: allora l'applicazione di esso sarà stata precedentemente fatta da questo Stato, e l'altro Stato, che attribuisce effetti a tali atti, si limiterà ad esaminare se hanno, alla stregua del diritto su cui si

fondano, esistenza e validità. Con ciò, naturalmente, si riconosce sempre efficacia al diritto straniero, ma non lo si applica: si riconoscono invece le sue applicazioni.

Implicito in tutto il nostro ragionamento è poi il concetto che, nemmeno con la disposizione che regola l'efficacia del diritto straniero, questo rimane « nazionalizzato »^{120 ter}. « Nazionale » è la norma che sta-

^{120 ter} [Questo punto continua, come è noto, ad essere molto controverso, come sono controversi i principii cui si riannoda, e qui non è possibile accennare agli sviluppi che il problema ha di recente avuto e che affermano la necessità di una fondamentale revisione di tutta la materia. Ci limitiamo a brevissime osservazioni, richiamando anzi tutto quanto abbiamo detto (v. sopra nota 95 *bis*) sulla inammissibilità dell'opinione, che, fondandosi sul principio della esclusività degli ordinamenti originari, nega, fra l'altro, la possibilità della rilevanza giuridica dell'ordinamento di uno Stato per l'ordinamento di un altro Stato. Più in particolare, riteniamo ingiustificata la obiezione (Ago, *Teoria del dir. intern. priv.*, p. 105) che una norma straniera, la quale resti esclusivamente tale, non potrebbe avere efficacia giuridica nell'ordinamento di un altro Stato, perché una norma è giuridica solo in quanto è parte di un ordinamento che le attribuisce questo carattere e perde il carattere medesimo se si stacca completamente da tale ordinamento. A ciò è facile replicare che lo Stato che rinvia ad una norma di altro Stato, considera questa norma nel suo contenuto particolare, ma non come avulsa dall'ordinamento di cui è parte. Anzi, la considera come giuridica precisamente perché e finché essa è giuridica nello Stato straniero, perché e finché essa appartiene all'ordinamento di quest'ultimo. Si aggiunga che, secondo noi, sono insanabilmente contraddittorie le opinioni di coloro che negano, nel caso in esame, la figura del rinvio ricettizio, ma, ciò nonostante, continuano a parlare di una vera e propria incorporazione delle norme cui si rinvia nell'ordinamento che opera il rinvio. Tale contraddizione non è eliminata affermando che la norma di rinvio al diritto straniero sia una norma di produzione giuridica (PERASSI, *Lezioni*, II, p. 60 segg.; BALLADORE PALLIERI, *Il concetto di rinvio formale ecc.*, in *Riv. di dir. civ.*, 1929, p. 443; *I limiti di efficacia dell'ordinamento it.*, in *Jus*, 1940, p. 25 segg.; MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1933, p. 12; AGO, *Teoria cit.*, p. 108 segg.; ecc.), in quanto per mezzo di essa si inseriscono nel proprio ordinamento norme la cui giuridicità in quest'ultimo ordinamento è subordinata alla giuridicità delle norme stesse nell'ordina-

bilisce i suoi effetti, ma non l'ordinamento che la norma stessa considera e vuole sia considerato come straniero; così come crediamo, a differenza di quanto è stato autorevolmente sostenuto, che non è « nazionalizzata » la sentenza straniera, la cui esecuzione è consentita da un altro Stato nel proprio ambito, e tanto meno, per esempio, la nomina di un console, cui da questo si concede l'*exequatur*.

In verità, gli effetti e, in generale, l'efficacia di una norma o di un atto qualsiasi non sono la norma e l'atto, considerati in sé. Un atto giuridico (compresa una norma) può esistere ed essere pienamente valido e non essere viceversa efficace, sia in tutto sia in parte. Al contrario, può persistere l'efficacia di un atto, anche quando esso sia venuto meno. Ed è, inoltre, da tenersi presente che l'efficacia o gli effetti di un atto (compresa sempre la norma giuridica) non derivano necessariamente e per intero dal suo contenuto, ma possono invece derivare da altri atti o dalle leggi (quando si tratta di una norma, da altre norme). Senza insistere su una distinzione, che da per sé non è dubbia, anzi è elementare, nonostante che sia difficile precisarla esattamente e sebbene venga spesso dimenticata, tutto ciò dimostra che l'effi-

mento straniero da cui sono desunte. È un espediente poco felice, per giustificare tale opinione, il dire che così si assume a fonte di norme giuridiche pel proprio ordinamento la fonte competente a porre norme giuridiche per i medesimi rapporti nell'ordinamento straniero, o, peggio, che così si attribuisce competenza legislativa pel proprio ordinamento al legislatore straniero. Contro queste concezioni artificiali e illogiche, v. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici* ecc., loc. cit., § 13. E fra i recentissimi tentativi di rivedere questa materia, v. da ultimo BALLADORE PALLIERI, *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al dir. internaz. privato*, in *Annuario di dir. comparato e di studi legislativi*, 1943, XVI, p. 331 segg., che modifica le opinioni espresse in altri suoi precedenti scritti].

cacia di una legge straniera è determinata dalla legge nazionale, senza che la legge straniera cessi, per quest'ultima, di esistere come tale e si trasformi anch'essa in legge nazionale. Principio questo che è vero, non solo quando l'efficacia che le è consentita è uguale a quella sua originaria; ma anche quando è diversa, maggiore e minore ¹²¹.

Relazioni fino a certo punto analoghe si possono avere fra il diritto statale e il diritto della Chiesa ^{121 bis}. Che quest'ultimo sia un ordinamento giuridico a sé, separato e indipendente dal primo, si è cercato, nelle pagine precedenti, di dimostrare. In materia spirituale e disciplinare, la Chiesa ha una potestà normativa, che non le deriva certamente dallo Stato, ma è ad essa propria ed originaria. Tuttavia, lo Stato, non solo riconosce, entro certi limiti che non importa precisare, gli effetti che l'ordinamento ecclesiastico attribuisce alle sue leggi e agli atti emanati in forza di tali leggi, ma spesso a questi effetti ne aggiunge degli altri, che si dicono per l'appunto «civili», ossia «statuali», che da per sé il diritto della Chiesa non potrebbe in alcun modo conseguire. Si ha così un altro esempio tipico — che, se non ci inganniamo, può servire all'esatta valutazione di altre figure simili — di un ordinamento che ha rilevanza per un altro, non riguardo al momento della sua esistenza o del suo contenuto, ma per quanto concerne certi suoi effetti. Tanto più che tali effetti, per lo Stato, non coincidono, come si è detto, con quelli propri dell'ordinamento medesimo, non sono soltanto, di fronte a questi

¹²¹ Invece, anche taluno che crede in generale non ricettizio il rinvio al diritto straniero, per questo caso è dell'opinione che si tratti di un rinvio materiale: v. OTTOLENGHI, op. cit., p. 83 segg.

^{121 bis} [V. gli scrittori citati delle note 94 *ter*, 118 e 118 *bis*].

ultimi, maggiori o minori, ma sono anche intrinsecamente diversi.

c) Altri casi, in cui un ordinamento giuridico può avere effetti per un altro, si hanno quando il primo costituisce un presupposto del secondo, nel senso sopra esaminato. Qui non è possibile né occorre dilungarsi in particolari.

Basti, a titolo d'esempio, ricordare soltanto, che talvolta l'efficacia di un trattato internazionale è condizionata all'emanazione, da parte degli Stati contraenti, o di terzi Stati, di un diritto oggettivo, che così, se viene emanato, ha l'effetto di far verificare la condizione apposta a quel trattato¹²². Come pure certe attività non possono essere dagli Stati esplicate oppure omesse, secondo i loro obblighi internazionali, senza la previa emanazione di norme giuridiche interne¹²³. In quest'ultimo caso, se, da una parte, il diritto internazionale influisce, sia pure indirettamente, come si è visto sopra, sul contenuto del diritto statale, in quanto viene a imporre allo Stato, implicitamente o esplicitamente, di emanare tali norme, dall'altra parte il diritto statale, secondo che queste siano o non siano emanate, ha effetti pel diritto internazionale, in quanto ne dipende l'esecuzione delle sue disposizioni.

d) Ancora: può verificarsi che un ordinamento giuridico già estinto continui ad esplicare certi suoi ef-

¹²² In questo senso parla di un « *völkerrechtlich vorausgesetztes Recht* » il TRIEPEL, op. cit., p. 290 segg. V. anche DONATI, *I trattati internazionali*, p. 349 segg.

¹²³ TRIEPEL, op. cit., p. 301; DONATI, op. cit., p. 361 segg.; ANZILOTTI, *Corso*, I, p. 37 segg. [ed. tedesca, p. 40. Per altre applicazioni di questi concetti, oltre quelle che riguardano i rapporti fra il diritto statale e il diritto internazionale, v. i miei *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VII, § 6, n. 14].

fetti in un altro che ne rappresenti la continuazione. Noi abbiamo sopra (§ 41) accennato alla figura per cui un ordinamento, che si incorpora in un altro, influisce così sul suo contenuto. L'ipotesi che qui contempliamo è legata alla precedente, ma diversa. Si supponga uno Stato che se ne annette un altro o parte di un altro: non soltanto l'ordinamento del primo verrà a comprendere, nel senso e nei limiti accennati, gli istituti e le norme del secondo vigenti nel momento dell'unione; ma potrà darsi che esso talvolta applichi e riconosca, in genere, efficacia a leggi dello Stato annesso, che erano state abrogate prima dell'unione e che quindi esso non ha mai fatte sue. Ciò potrà avvenire in forza del principio della irretroattività delle leggi o, meglio, della persistenza delle leggi abrogate in riguardo agli atti compiuti sotto il loro impero o ai loro effetti. In altri termini, tali principii trovano applicazione, non solo nell'ambito di un medesimo ordinamento, quando esso subisce delle modificazioni, ma nei rapporti fra ordinamenti diversi. Quando un ordinamento ne eredita un altro, quest'ultimo influisce, come si è visto, sul contenuto del primo, in cui continua a vivere almeno una parte delle sue norme, e inoltre si ha, di regola, che il primo in certi casi riconosce alle parti già estinte del secondo un'efficacia pari a quella che, in casi analoghi, attribuisce alle sue stesse norme non più in vigore.

§ 43. Dall'analisi, che abbiamo tentato, dei diversi sensi e dei diversi modi, in cui un ordinamento giuridico può essere rilevante per un altro, è da dedurre che questa rilevanza può essere variamente estesa. Essa, cioè, concerne talvolta tutto un ordinamento, mentre, più spesso, non riguarda che una sua parte. Così, per esempio, se l'ordinamento di un Comune, di regola, è per

intero rilevante per quello dello Stato, viceversa l'ordinamento degli Stati solo in alcuni suoi punti è rilevante pel diritto internazionale, e analogamente l'ordinamento della Chiesa per quello dello Stato, l'ordinamento di uno Stato per quello di un altro Stato, ecc. Ne viene che la rilevanza, che abbiamo esaminata, ora costituisce una regola, assoluta o che ammette eccezioni; ora, al contrario, costituisce essa medesima un'eccezione, che può essere limitatissima.

Giova fermarsi brevemente sopra uno dei tanti esempi, che è offerto da quest'ultima ipotesi e che ci sembra interessantissimo, anche perché non si è pensato, se non forse in modo assolutamente vago e impreciso, a ricondurlo sotto tale punto di vista: vogliamo accennare alle c. d. obbligazioni naturali. Ormai il concetto di siffatte obbligazioni, che alcuni recisamente respingono e ritengono privo di contenuto, mentre altri l'allargano fuori di ogni misura, è difficile impresa racchiudere in una sola e precisa formula. Noi non vogliamo né possiamo tentare un'impresa così esorbitante dal nostro tema. Ma ci sembra non inutile proporci il problema, se l'obbligazione naturale — contenuta nei suoi giusti limiti, che son forse segnati dalla sua figura originaria — non consista in un'obbligazione validamente contratta secondo un ordinamento giuridico diverso da quello civile, cioè da quello statuale, e per questo irrilevante, tranne, eccezionalmente, per gli effetti che sono a tutti noti. Così, se può anche esser vero che il diritto attualmente tende ad un'assimilazione progressiva dell'obbligazione naturale col dovere morale in genere ¹²⁴,

¹²⁴ V., per non citare che qualcuno degli scritti più recenti, PLANIOL, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir morale* in *Revue critique de legisl.*, XLII, 1913, p. 161 segg.,

o con i doveri morali di natura patrimoniale ¹²⁵, non è da trascurarsi che ciò avrà, o ha già avuto, per effetto, il sorgere di un nuovo tipo di obbligazioni naturali, sostanzialmente diverso da quello antico, dal quale forse gioverebbe tuttavia distinguerlo ¹²⁶. La vera, l'originaria obbligazione naturale non si confonde (e, per lungo tempo, la dottrina che, del resto, è ancora dominante, è stata concorde su questo punto), con la obbligazione morale. Essa è, a parer nostro, un'obbligazione giuridica perfetta e completa, qualora la si valuti rispetto ad un suo proprio ordinamento, mentre, quando la si trasporta nell'ordinamento civile o dello Stato, questo non la riconosce se non parzialmente. L'ordinamento positivo non statuale, in cui si svolge l'obbligazione pienamente giuridica, che poi il diritto dello Stato considera come « naturale », può essere vario. Non vogliamo indagare in che senso esso fosse, pel diritto romano, l'*ius naturale* o l'*ius gentium*, in quanto per l'ap-

pe' quale però tale assimilazione non è ancora completa; PERREAU, *Les obligations de conscience devant les tribunaux* (*Revue trimestrielle de droit civil*, XII, 1913, p. 510 segg.).

¹²⁵ BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di gioco*, in *Rivista di diritto commerciale*, XIII, 1915, parte I, p. 97 segg. [ora in *Scritti giuridici vari*, Torino 1926, III, p. 42 segg.].

¹²⁶ Distinzione che infatti si tenta dalla dottrina anche in rapporto a quelle legislazioni che, come il Codice svizzero per le obbligazioni (art. 63) o il codice civile germanico (§ 814), hanno sostituito all'espressione « obbligazioni naturali » quella di « doveri morali e sociali ». Vedi la letteratura citata dal POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano* ², Roma 1915, p. 110. [Per il diritto italiano, è ora da tenersi presente l'art. 2034 del cod. civ. del 1942. Sull'opinione espressa nel testo, v. MAROI, in *Diz. prat. di dir. privato*, voce *Obbligazioni*; BRUNETTI, in *Scritti giur. vari*, Torino 1920, p. 201 segg.; BETTI, *Il concetto dell'obblig. costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, p. 128 nota 21; CESARINI SFORZA, *Il dir. dei privati*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1929, pp. 68-9; SALV. ROMANO, *Note sulle obblig. naturali*, Firenze 1945, p. 10 segg. e *passim*].

punto si contrapponeva all'*ius civile*, se pure non si debba tener maggior conto, di quanto comunemente non si faccia, del fatto che, nel diritto romano classico, le sole obbligazioni naturali erano quelle degli schiavi e dei *filii familias*, riposanti sull'ordinamento della famiglia. Nel diritto moderno, fonti di obbligazioni che il diritto civile considera come naturali, possono essere (noi qui affermiamo solo la possibilità astratta, senza pregiudicare alcuna questione concreta, che non abbiamo agio di esaminare):

a) l'ordinamento interno della famiglia, che può riposare anche su vecchie consuetudini. Per esempio, l'obbligo del genitore di dotare le figlie, che l'art. 147 del nostro codice civile ^{126 bis} dichiara sfornito d'azione, non è da escludersi *a priori* che sia un obbligo non soltanto morale, ma anche giuridico, secondo le consuetudini accennate, che prima erano accolte dal diritto statale, e ora possono essere rimaste come semplici consuetudini familiari;

b) l'ordinamento della Chiesa, in quanto impone una serie di obbligazioni, che lo Stato non riconosce, pur non vietandone l'adempimento. Per esempio, chi paga volontariamente una decima, mentre il diritto dello Stato ne ha abolito l'obbligo che la Chiesa continua ad imporre ai fedeli, non compie, secondo noi, una donazione, appunto perché egli non ha l'animo di fare una liberalità, ma di adempiere ad un dovere derivante dal diritto positivo ecclesiastico: dovere che, per il diritto statale, può costituire un'obbligazione naturale;

c) l'ordinamento interno di un qualsiasi istituto privato, di una classe di persone che abbia una qualche

^{126 bis} [Il cod. civ. del 1942 non ha alcuna disposizione corrispondente a quella dell'art. 147 del cod. del 1865].

organizzazione, ecc. Ne può essere esempio il famoso debito di gioco, che, mentre non è un obbligo morale, è considerato obbligo preciso e rigoroso dalle norme riconosciute dai giocatori e che formano, si può dire, lo statuto delle case di gioco;

d) altre norme derivanti dall'autonomia privata. Qui non è il caso di esaminare se e quando questa possa dar luogo ad un diritto obbiettivo. Ma ammesso che la questione importi una risoluzione affermativa, si possono così spiegare quei casi di obbligazioni naturali, che nascono — diversamente da quelle fin qui accennate — come obbligazioni civili, ma che per mancanza di qualche formalità o pel sopravvenire di qualche fatto che non tocca la loro sostanza (prescrizione, ingiusta assoluzione del debitore, ecc.), non valgono più come obbligazioni civili, e restano semplici obbligazioni naturali. Quest'ultima loro qualifica potrebbe fondarsi su ciò: che, in ultima analisi, si tratta di obblighi, il cui titolo in sé e per sé, o come « legge » dei contraenti, o come « legge » del testatore, o come qualsiasi altra estrinsecazione di autonomia, permane, ed è quindi suscettibile di continuare a dar vita a rapporti giuridici: soltanto il diritto dello Stato non li considera più pienamente efficaci, o per vizi puramente estrinseci e formali che non riguardano la loro sostanza o la loro natura, o per quegli altri motivi di puro diritto statutale, cui si è accennato.

Va da sé che l'enumerazione, che abbiamo fatto degli ordinamenti giuridici che danno luogo ad obbligazioni che, trasportate nel campo del diritto dello Stato, non sono che obbligazioni naturali, vuol essere non tassativa, ma soltanto dimostrativa. Gli esempi che abbiamo addotto hanno soltanto lo scopo di fornire lo spunto per una ricostruzione di quella teoria delle obbli-

gazioni naturali, che, solo per essere stata mal posta e travisata, ha potuto essere considerata come una teoria vieta, come un residuo di vecchie concezioni, mentre sembra a noi che sia, non soltanto ancora viva, ma suscettibile di ampi e fecondi sviluppi, nonché di nuovi germogli. Se il nostro punto di vista fosse esatto, esso potrebbe costituire un'altra prova, che quel concetto di diritto, che siamo venuti lueggiando, non solo corrisponde alle esigenze della logica ed è necessario per rendersi conto di molti problemi del diritto pubblico, ma è utile anche nel campo del diritto privato.

A quel che abbiamo detto c'interessa aggiungere che il diritto dello Stato attribuisce effetti alla c. d. obbligazione naturale, in quanto la considera come « obbligazione », e quindi riconosce altresì, dandogli rilevanza, sempre limitatamente a quegli effetti, l'ordinamento su cui essa poggia. L'opinione¹²⁷, che considera l'obbligazione naturale come un « puro fatto », che produce determinate conseguenze, potrebbe essere vera solo se e in quanto prevalga nel diritto positivo la tendenza — che indubbiamente esiste, ma che finora, almeno presso di noi, non è che una tendenza — secondo la quale l'obbligazione naturale si identificherebbe con un dovere soltanto morale e di coscienza e, quindi, con un dovere da per sé non giuridico.

§ 44. Quando mancano gli estremi, che si sono finora analizzati, per cui un ordinamento è rilevante per un altro, si ha invece che esso è per quest'ultimo irrilevante. Ma se il concetto di tale irrilevanza è, in sé

¹²⁷ DE CRESCENZIO, in *Enciclopedia giuridica it.*, voce *Obbligazione*, p. 19 segg.; SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà nella scienza del diritto civile*, Camerino 1890, p. 24 segg.

e per sé, soltanto negativo e non si può altrimenti definire, tuttavia non sarà superflua un'indagine più minuta, che ci permetterà di distinguere diversi suoi atteggiamenti.

In primo luogo, l'irrilevanza può essere totale o parziale: quest'ultima risulta implicitamente, come sua necessaria conseguenza, dalla parziale rilevanza, che più volte abbiamo avuto occasione di esaminare.

In secondo luogo, è chiaro che la irrilevanza può essere reciproca per i diversi ordinamenti giuridici che vengono in questione; ma può anche essere unilaterale, nel senso che, mentre un ordinamento considera come irrilevante un altro, quest'ultimo invece, per conto suo, attribuisce una qualsiasi rilevanza al primo.

§ 45. Più importante e più difficile ad analizzarsi è il caso in cui un ordinamento giuridico è, come tale, irrilevante per un altro, che però lo prende in considerazione e ne fa derivare delle conseguenze, attribuendogli una diversa figura.

In una delle sue manifestazioni più semplici, questa ipotesi si verifica, per esempio, quando il diritto dello Stato considera come illecita e colpisce con sanzioni penali una qualsiasi organizzazione. Allora, non solo costituiscono per esso reati le azioni compiute in conformità dell'ordinamento dell'organizzazione medesima, ma come reato potrà essere considerato il semplice fatto di avere istituita e, quindi, ordinata tale organizzazione. Così il codice penale, oltre a considerare come delitti certi fatti, punisce anche la formazione di bande armate per commettere questi ultimi, nonché l'esercizio in esse di un comando superiore o di una funzione speciale (art. 131, 253) e, in genere, le associazioni per delin-

quere (art. 248)^{127 bis}. In questi casi, l'ordinamento statale investe con la massima forza di cui dispone gli ordinamenti che minacciano la sua esistenza o, per lo meno, i beni più importanti che esso vuole proteggere, e, lungi dal riconoscere agli ordinamenti medesimi il carattere di «ordinamenti giuridici», li colpisce come i più gravi fatti antiggiuridici, cioè come reati. Così l'antitesi fra il diritto dello Stato e quello interno di siffatte organizzazioni culmina nella sua più tipica manifestazione.

Invece, un ordinamento, pure non essendo riconosciuto da un altro, per esempio, da quello statale, come un sistema a sé di diritto obbiettivo, può tuttavia esser considerato da esso come un fatto lecito e inquadrato, almeno fino a certo punto, entro qualcuna delle figure che esso attribuisce ai fatti che si compiono nella sfera del suo impero. In tale ipotesi, quello che, considerato in sé e per sé, è un ordinamento obbiettivo si converte, rispetto ad un altro ordinamento, in qualche cosa di sostanzialmente diverso.

Esempi di questa conversione possono essere adottati fra quelli che sopra abbiamo avuto occasione di esaminare sotto altro profilo. L'organizzazione di uno stabilimento industriale, che, secondo noi, può dar luogo ad un ordinamento di diritto obbiettivo (§ 31), che attribuisca a certe persone un potere di supremazia verso altre che rimangono subordinate alle prime, si risolve, pel diritto civile dello Stato, in un semplice contratto fra persone poste in posizione paritaria^{127 ter}. In con-

^{127 bis} [V. adesso gli artt. 306 segg., 416 segg. codice penale del 19 ottobre 1930].

^{127 ter} [Le osservazioni che si leggono nel testo si riferiscono all'ordinamento dei rapporti di lavoro antecedente a quello che fu poi adottato in Italia e che ha dato luogo ad una copiosa letteratura].

seguenza i diritti e i doveri che esse possono pretendere che siano tutelati o adempiuti con l'ausilio dello Stato sono soltanto quelli che derivano dalle leggi di quest'ultimo o dai negozi giuridici che siffatte leggi permettono. E, poiché queste non consentono un contratto di lavoro, dal quale derivi un potere di signoria per i padroni e gli intraprenditori, e un dovere di sottomissione personale per gli operai, un potere disciplinare dei primi verso i secondi non può essere ammesso e riconosciuto come tale dallo Stato. Esso potrà svolgersi e si svolge costantemente nell'interno dello stabilimento, con le sanzioni che gli sono praticamente possibili, ma, se nasce una controversia che i tribunali dello Stato siano chiamati a risolvere, allora l'ordinamento della fabbrica non sarà fatto valere che come un contratto di lavoro o parte di esso, la mancanza dell'operaio come violazione del contratto, la pena inflitta come conseguenza di una clausola penale o come rescissione del contratto medesimo per inadempimento. Naturalmente, ciò porta alla conseguenza che il diritto civile non contempla che una parte dei rapporti che realmente si svolgono, e li contempla per giunta in modo inadeguato e imperfetto: il che è, del resto, nella coscienza di tutti. Ne sono una riprova manifesta gli sforzi della dottrina, che con artifici e, talvolta, con vere contraddizioni, cerca di adeguare alla realtà le norme del diritto positivo statale. Così, mentre taluni, con una concezione ardita, evidentemente contraria allo spirito dell'attuale legislazione, almeno italiana, ammettono senz'altro che il contratto di lavoro implichi un rapporto di signoria e di correlativa dipendenza¹²⁸, altri tenta una complicata costru-

¹²⁸ V. gli autori citati dal BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*², I (Milano 1915), pp. 473 segg., 622. [V. inoltre, pel nuovo ordinamento, dello stesso A., *Il diritto del*

zione. Da un lato, nega tale signoria ¹²⁹, ma, nel medesimo tempo, non disconosce che, nella locazione di opere, si dà luogo ad una subordinazione del lavoratore all'altro contraente, questa subordinazione risolve in un rapporto complesso di obbligazione, che però costituirebbe uno *status* personale del lavoratore: e ciò formulando appositamente un particolare concetto dello *status* ¹³⁰. La realtà sembra invece un'altra. La c. d., disciplina dello stabilimento non rientra, se non indirettamente e per colleganza estrinseca, nel contratto del lavoro. Certo, senza tale contratto, il lavoratore non sarebbe ad essa vincolato, ma questo non è che un suo presupposto. La disciplina nasce non dal patto contrattuale, ma dall'organizzazione interna dell'impresa, di cui si viene a far parte previo tale patto: organizzazione che il diritto statuale non prende in considerazione diretta. Ciò è tanto vero che, anche coloro che adottano le vedute di cui abbiamo fatto cenno, riconoscono che la disciplina è « l'affermazione signorile della volontà di uno solo: del capo che ha i rischi e perciò dirige e coordina il lavoro » ¹³¹. Ora la volontà di un solo è evidentemente qualcosa di diverso dalla volontà che si estrinseca nel contratto. Si aggiunga che la disciplina importa un vincolo di coesione non solo col capo

lavoro, Milano 1935, I, p. 56, e, tra gli altri, RIVA SANSEVERINO, *Corso di dir. del lavoro* ², Padova 1938, n. 216 segg., e gli autori ivi citati]. Adde: CUCHE, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913; NAWIASKY, *Forderungen u. Gewaltverhältnis*, in *Festschrift für Zitelmann*, München u. Leipzig 1913.

¹²⁹ BARASSI, op. cit., p. 473 segg.; [*Diritto del lavoro* cit., I, n. 80].

¹³⁰ BARASSI, op. cit., pp. 600 segg.; 622; 623 nota; [*Diritto del lavoro*, II, nn. 179 segg., 187 segg., 192 segg.].

¹³¹ BARASSI, op. cit., p. 632.

dell'azienda, ma altresì degli operai fra loro ¹³², fra i quali, tranne casi particolari che qui non importa prendere in esame, non si può dire che intervenga alcun contratto. Tutto ciò conferma la nostra tesi: che siamo in presenza di due ordinamenti giuridici, l'uno proprio e interno dell'azienda, l'altro dello Stato. Il primo non è riconosciuto come tale dal secondo ¹³³, il quale prende bensì in considerazione taluni fatti e taluni rapporti che quello contempla e regola, ma in modo diverso, attribuendo ad essi la sola figura che è compatibile con alcuni suoi principii basilari. Com'è noto, il diritto dello Stato moderno ha voluto eliminare ogni rapporto che implicasse la dipendenza di una persona verso un'altra ugualmente privata. In questa, che è stata una reazione all'ordinamento più antico e agli abusi che esso consacrava, ha però troppo ecceduto, disconoscendo che certe manifestazioni della vita sociale richiedono ancora e probabilmente richiederanno sempre una disuguaglianza fra gli individui, una supremazia degli uni, una subordinazione degli altri. E la vita sociale, più impetuosa e più forte del diritto statale, si è vendicata costruendo, accanto ad esso e in opposizione ad esso, una serie di altri ordinamenti parziali, in cui quei rapporti, che sono necessari, possono trovare una più larga e confacente esplicazione. Certo, si tratta di ordinamenti

¹³² BARASSI, op. cit., pp. 755-756; [*Diritto del lavoro*, n. 80].

¹³³ Diverse figure si hanno naturalmente negli ordinamenti di quegli Stati che regolano il diritto dei padroni di emanare o modificare i regolamenti delle officine, nel qual caso si è creduto da alcuni di rinvenire l'attribuzione da parte dello Stato di un diritto d'*imperium* (JELLINEK, *Sistema*, p. 278, e altri autori da lui citati: Bornhak, Rehm, ecc.), sebbene altri continuino a far derivare tale diritto dal contratto (Laband) o lo comprendono nel diritto autonomo corporativo (Oertmann).

che, appunto perché non riconosciuti dallo Stato, non sono in grado di spiegare praticamente una completa efficacia, come, dall'altro lato, l'ordinamento statale, che mostra di ignorarli e perciò disconosce la realtà, riesce in parte inefficace anch'esso. E il concorso dell'uno con gli altri è già, da per sé solo, causa di molti inconvenienti, senza che riesca ad un vero e proprio completamento reciproco. Che se poi si guarda alle difficoltà che ostacolano la riforma del diritto statale concernente il contratto di lavoro, si vedrà che esse in parte sono intrinseche e derivano dalla complessità e varietà di forme che il lavoro moderno assume, ma in parte sono ancora costituite dalla persistenza di pregiudizi politici: quei medesimi che originarono l'insufficienza del diritto vigente, da essi costretto a ridurre a rapporto di eguaglianza quello i cui termini sono disuguali.

Un altro esempio di rapporti o di fatti che l'ordinamento statale considera diversamente di come essi stessi sono considerati dall'ordinamento interno di speciali istituzioni, che il primo disconosce, si ha nelle c. d. associazioni o istituzioni di fatto. Ma su di esse basterà quanto abbiamo detto sopra (§ 31)^{133 bis}.

§ 46. Può inoltre darsi, come si è già rilevato, che un ordinamento, sia in tutto o in parte, irrilevante per un altro, non solo come ordinamento obbiettivo, ma

^{133 bis} [Ancora un esempio: le regole cavalleresche, in quanto norme della c. d. « comunità dei gentiluomini », si possono considerare, in sé e per sé, norme giuridiche, ma ciò non vuol dire, come altri (CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, loc. cit.) ha creduto, che lo Stato le riconosca come tali: pel diritto italiano, la violazione di esse ha talvolta qualche effetto, non però come violazione di legge, ma come violazione di norme del costume. V. il mio *Corso di dir. amministrativo*³, Padova 1937, pp. 37-8].

sotto ogni aspetto: il che vuol dire che, a differenza di ciò che avviene nell'ipotesi esaminata nel paragrafo precedente, il primo non è preso affatto in considerazione dal secondo, per cui esso non esiste né come ordinamento né come altro fatto giuridico, e nemmeno sono presi in considerazione i singoli rapporti o i singoli fatti che si svolgono nella sua orbita.

La possibilità di una irrilevanza così intesa non è da porsi in dubbio e risulta chiaramente dai principii che si sono finora svolti. Ci sono anzi ordinamenti per cui essa costituisce la regola, senza che questa escluda, del resto, le eccezioni. Ciò avviene in rapporto a istituzioni particolari, ciascuna delle quali abbia uno scopo assolutamente diverso dall'altra, e che quindi non hanno neppure l'occasione di una reciproca interferenza. Quando invece si tratta di istituzioni a larghe basi e con dei fini che si estendono a molta parte della vita sociale, allora, naturalmente, per gli innumerevoli legami che presentano le manifestazioni di quest'ultima, spesso inscindibili fra loro, nasce l'opportunità o la necessità di quei rapporti fra gli ordinamenti delle istituzioni medesime, che abbiamo analizzati. Però è da tener presente che non c'è istituzione, per quanto larga e comprensiva, che senta il bisogno di considerare rilevanti per il suo ordinamento tutti indistintamente i rapporti sociali, una parte dei quali, per conseguenza, rimane esclusa dalla sfera del suo diritto, mentre può ricadere nel dominio di un altro diritto per esso indifferente. Ciò avviene anche per istituzioni che abbiano carattere di universalità, ad esempio per la Chiesa, che si disinteressa di ogni fatto o rapporto che non si ricolleggi immediatamente o mediatamente, o in quanto non si ricolleggi, ai fini religiosi che essa prosegue. E avviene altresì per le istituzioni non universali, ma a fini generali, come gli Stati (§ 33).

Anche gli ordinamenti giuridici di quest'ultimi appaiono infatti circoscritti e quindi limitati, nel senso che qui c'interessa, da parecchi punti di vista. Anzi tutto, in riguardo agli elementi di cui essi constano, cioè il territorio e le persone, per cui, pur avendo ciascun Stato la possibilità e la potenzialità di includere nel suo ordinamento fatti e rapporti che si svolgono in territori stranieri o fra stranieri, ciò nondimeno, di regola, non dà al suo diritto un'estensione che superi la sua sfera territoriale e personale. Tale regola subisce, com'è noto, molte e importanti eccezioni, specialmente negli Stati moderni, che non sono così chiusi in se stessi, come gli antichi; ma non cessa perciò di essere una regola molto ampia, almeno per certe materie, dalla quale discende la conseguenza che per ciascun Stato sono indifferenti, non certo in tutto, ma in buona parte, gli ordinamenti come tali degli Stati stranieri e ciò che ricade in essi ed è per essi rilevante. Su ciò crediamo che non possa cader dubbio. Così, per esempio, in taluni Stati, come in Francia, si ritiene che i tribunali debbano amministrare la giustizia solo in confronto dei cittadini e quindi non siano chiamati a risolvere controversie che concernono esclusivamente stranieri, tranne che in alcuni casi. E anche per l'Italia, è stato autorevolmente sostenuto ¹³⁴ che i nostri magistrati abbiano giurisdizione sugli stranieri solo nei casi enumerati dagli art. 105 e 106 cod. proc. civ. Del resto, anche se questa enumerazione non si

¹³⁴ ANZILOTTI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio ecc.*, Bologna 1908, p. 57 segg. in nota, e in *Rivista di diritto internazionale*, 1908, p. 171 segg. [V. adesso gli artt. 4 e 5 del nuovo cod. di proc. civ. del 1940, e, per la dottrina, MORELLI, *I limiti della giurisdizione it. nel nuovo C. P. C.*, in *Riv. di dir. process. civ.*, 1941, I, p. 104 segg.; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. processuale civ.*, I², Padova 1942, p. 22 segg.; ecc.].

voglia ritenere tassativa, è sempre un principio generale che l'assoggettamento degli stranieri alla nostra giurisdizione è subordinato al concorso di date condizioni, che qui non importa precisare, e che, ove esse manchino, si hanno questioni che non ricadono nel nostro ordinamento giuridico né sostanziale né processuale.

Anche per i rapporti e i fatti che si svolgono nel proprio interno, non è da credere che lo Stato li sussuma sempre sotto il proprio diritto. Siffatta sussunzione presuppone che si tratti di rapporti o di fatti che abbiano interesse per lo Stato e per i fini che questo si propone (§§ 33, 40). Ora, per quanto si sia soliti concepire lo Stato come un'istituzione a fini illimitati, ciò nondimeno è chiaro che quest'ultima espressione non ha che un significato negativo e, più precisamente, esprime il concetto che non c'è alcun fine sociale che non può divenire proprio dello Stato. Senonché questa non è che una potenzialità e una possibilità astratta: in concreto, per estesa e invadente che sia l'ingerenza statale, il diritto di ciascun Stato è sempre limitato anche per quanto riguarda la sua materia. Il che vuol dire che ci sono materie, che non rientrano nel suo dominio, perché lo Stato se ne disinteressa e quindi non ha motivo di prenderle in considerazione né in se medesime, né, tanto meno, in quanto possono eventualmente essere regolate da un altro ordinamento.

§ 47. È stata invece sostenuta l'opinione contraria, che, cioè, « nessuna sfera dell'attività individuale esiste, la quale non sia considerata dal diritto », intendi: dal diritto statale. « Una data azione » — si è detto — « o è imposta o vietata da una norma particolare di legge, o rientra nella sfera della libertà, e come tale è permessa, salvo che essa debba importare altrui una limi-

tazione non preveduta da una norma particolare di legge, nella quale ipotesi essa è ancora vietata. Lo stesso dicasi di una data omissione» ¹³⁵. Tali conclusioni si sono fatte discendere dall'affermazione di un principio, che si può così formulare: un ordinamento giuridico, prevedendo determinati casi, per cui stabilisce l'esistenza di tali obbligazioni o limitazioni, pone implicitamente una norma generale, per cui, in tutti gli altri casi, non dovrà esservi alcuna limitazione. Questa norma sarebbe non soltanto negativa, perché si afferma che allora non potrebbe essere una norma giuridica, ma anche positiva: essa, cioè, permetterebbe positivamente di svolgere o omettere tutte le attività che non sono vietate o, correlativamente, imposte; tali attività verrebbero così a costituire il contenuto di un diritto di libertà e sarebbero quindi giuridicamente non indifferenti, ma sempre rilevanti ¹³⁶.

Non è questo il luogo di sottoporre ad un'analisi completa tale dottrina, che è stata costruita in servizio del c. d. problema delle lacune del diritto: problema che, secondo me, dev'essere impostato in modo affatto diverso, come mi propongo di dimostrare nel seguito di questi studi ^{136 bis}. Ma non saranno qui superflue alcune brevi osservazioni, che serviranno anche a ribadire la teoria che finora abbiamo esposta.

Anzi tutto, sembra che sia ingiustificata l'affermazione che la norma generale e conclusiva di un ordinamento giuridico, della quale si è fatto cenno, debba

¹³⁵ DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, p. 223.

¹³⁶ DONATI, op. cit., p. 35 segg. e *passim*.

^{136 bis} [Sull'argomento v. adesso il mio studio *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena 1925, e i miei *Principii di dir. costit. generale*, cap. VII § 7].

essere una norma positiva nel senso sudetto, che attribuisca necessariamente un diritto — il diritto di libertà — al quale si ricollegli per altri subbietti un dovere, e non possa essere invece una norma puramente negativa, diretta cioè a negare che esistano altre obbligazioni all'infuori di quelle determinate dalle altre norme. Siffatta veduta è suggerita dal pregiudizio che sopra abbiamo combattuto (§ 22), per cui il diritto dovrebbe esclusivamente concepirsi come un regolamento di rapporti fra più persone, costituiti da diritti e reciproci doveri ¹³⁷. Invece, secondo noi, è perfettamente concepibile che un ordinamento giuridico dichiari come suo principio fondamentale la propria limitazione a date materie, in modo che le altre, che esso non contempla, debbano considerarsi giuridicamente irrilevanti e quindi come un campo in cui non riconosce né diritti né obblighi. Anzi, questa non è soltanto una possibilità, ma un'esigenza indeclinabile di ogni ordinamento, se è vero l'assioma già posto che ogni ordinamento non ha mai la pretesa di assoggettare a sé tutte le attività e le manifestazioni degli individui, ma solo quelle che interessano pei suoi fini ¹³⁸.

È poi, a nostro avviso, inammissibile vedere un vero e proprio diritto di libertà in tutte le facoltà di fare o di omettere, che si possono avere come conseguenza del fatto che un ordinamento giuridico non vieta o non impone certe attività. In primo luogo, è facile osservare come, posti su questa via, si finisce col vedere un diritto

¹³⁷ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, p. 91 segg.; DONATI, op. cit., p. 38 segg.

¹³⁸ Cfr. specialmente BERGBOHM, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, p. 371 segg. V. anche MARINONI in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1911, parte I, 312 segg. [; e in *Scritti vari*, p. 41 segg.; ROMANO, *Principii* cit., cap. VII § 2 e *passim*].

di libertà da per tutto, anche dove finora la dottrina tradizionale, con giusto intuito, se non con perfetta coscienza di sé, non si era mai sognata di scorgerlo. E si capisce come si sia potuti arrivare sino al punto di configurare un diritto di libertà dello Stato di esplicitare o non esplicitare le attività che non gli sono vietate o imposte dall'ordinamento giuridico ¹³⁹, mentre tali facoltà non sono che momenti di una sua potestà, che è qualcosa di più e di sostanzialmente diverso che un semplice diritto di libertà. Quest'ultimo può logicamente aversi di fronte ad un subbietto che si trovi in posizione eguale o in posizione superiore, ma non verso un suddito. Rispetto ai sottoposti non si è soltanto liberi, ma (ci si passi l'espressione) si è padroni.

E, anche a prescindere da ciò, riteniamo inesatto confondere col diritto di libertà una serie di altri diritti, che hanno ciascuno una propria e differente figura e sono regolati nel loro contenuto positivo dall'ordinamento giuridico. Non solo la potestà dello Stato, ma anche, per esempio, l'autarchia dei Comuni, il diritto di proprietà pubblica e privata, ecc., che pure implicano le facoltà di fare e di omettere e anche la pretesa dell'astensione altrui da una condotta che potrebbe ostacolare quelle facoltà, non sono diritti di libertà. Del diritto di libertà in tanto è lecito fare un diritto a sé, in quanto lo si configura come il diritto che ha per oggetto l'indipendenza di un subbietto verso gli altri, superiori o uguali, che viceversa hanno l'obbligo di non invadere la sua sfera giuridica: diritto negativo, ad una semplice omissione, mentre l'attività positiva che correttivamente a questa omissione può esplicarsi, o costituisce l'oggetto a sé di un altro diritto pubblico o pri-

¹³⁹ DONATI, *op. cit.*, p. 227 segg.

vato, o è irrilevante. L'opinione, ormai largamente accolta, che il diritto di libertà sia un diritto essenzialmente unico, nel senso che non si risolve in tanti diritti autonomi quante sono le innumerevoli facoltà che vi si comprendono, può giustificarsi solo quando ad esso si attribuisce il contenuto negativo di cui si è fatta parola ^{139 bis}. Infatti, tali facoltà, in quanto si traducono in attività positive, possono dar luogo ad altrettanti diritti autonomi, l'uno completamente distinto dall'altro: questi possono invece concepirsi come manifestazione di unico diritto complessivo solo in quanto si mette in vista il loro elemento comune, per cui, in certi momenti e sotto un determinato aspetto, si traducono in affermazioni dell'indipendenza personale. Solo quando interessa colpirli in questo loro carattere, in questo loro obbietto indifferenziato, essi possono ridursi sotto il concetto del diritto di libertà: altrimenti in sé e per sé, o danno luogo a varie figure giuridiche, che bisogna non confondere, ma tener distinte, o sono giuridicamente irrilevanti.

Infine è da osservare — tralasciando di insistere su altri punti che ci farebbero deviare dalla nostra via — che un ordinamento giuridico può attuare la propria limitazione in modi diversi, che non si possono davvero trascurare, mentre di essi la dottrina cui si è accennato non tiene affatto conto. Fra questi modi, a noi interessano, soprattutto, i seguenti.

a) In primo luogo, l'ordinamento giuridico può limitare i poteri delle autorità, senza che a questa limitazione corrisponda il diritto, da parte di altri, all'osservanza di tale limite. Specialmente negli Stati ante-

^{139 bis} [Contro quest'opinione v. adesso il mio scritto cit. *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, p. 5 nota 2, e i miei *Principii* cit., cap. VIII § 4 n. 2, e cap. IX § 1].

riori all'attuale, era questo il sistema preferito, il che spiega la giusta opinione comune che l'affermazione del diritto pubblico di libertà sia del tutto recente e proprio dello Stato moderno, e non, come si è sostenuto, in contrasto con la verità storica, un'affermazione necessaria di ogni ordinamento giuridico. Anche oggi, del resto, sarebbe molto facile elencare parecchi casi, desunti dal nostro diritto positivo, in cui a limitazioni dei poteri pubblici non corrispondono diritti dei cittadini. Il caso più saliente sarebbe quello in cui, data l'ipotesi che esistano dei limiti del potere legislativo, nessuno sarebbe autorizzato a costringere quest'ultimo alla loro osservanza (v. sopra § 22).

b) In secondo luogo, può darsi che dai limiti di un ordinamento giuridico nascano — attribuiti da quest'ultimo — dei diritti che abbiano per contenuto l'osservanza dei limiti medesimi oppure la presuppongano. Il più caratteristico di tali diritti è quello di libertà, concepito nel senso puramente negativo di cui si è fatta parola, e avente per oggetto una data indipendenza di ognuno dei subbietti sottoposti all'ordinamento giuridico: diritto cui corrisponde l'obbligo, da parte degli altri, di non invadere la sfera lasciata al primo libera. Ma esso non è il solo diritto che importa prendere in considerazione. Ce ne sono degli altri, di contenuto essenzialmente positivo e che quindi non si confondono col diritto di libertà, i quali presuppongono che l'ordinamento giuridico arresti le sue norme davanti ad un'attività, la cui esplicazione, entro certi limiti, non sia tracciata dall'ordinamento stesso, ma abbandonata alla volontà di un subbietto: così, per ripetere esempi sopra addotti, il diritto di proprietà. Talvolta, più che di diritti, è a parlarsi di *status*, pertinenti a certe persone, i quali si fondino su questo presupposto: per esempio,

dello *status* di autarchia di taluni enti pubblici. E altre volte ancora ricorre, sempre dal punto di vista accennato, la figura del potere discrezionale attribuito ai vari organi dello Stato o di altri enti.

Come si vede, è tutta una serie di casi molto diversi, che hanno di comune, per quanto ci interessa, la caratteristica che l'ordinamento considera certe esplicazioni di attività come rilevanti giuridicamente, ma *sino ad un certo punto*: cioè, circoscrivendo una sfera, che in quanto è da esso accordata e limitata, costituisce un diritto, uno *status*, un potere: da tale sfera non si può esorbitare senza incorrere in un abuso, sempre giuridicamente rilevante; ma entro di essa, l'ordinamento si astiene dal penetrare, in modo che il suo interno è giuridicamente indifferente. L'esistenza di questo spazio, per dir così, giuridicamente indifferente, valutata in modo inesatto ed esagerato, ha fatto talvolta dubitare che in esso, complessivamente preso, potesse rinvenirsi la figura di questo o di quel diritto. Così è noto come da taluni si sia negato il diritto di libertà, vedendo in esso una semplice facoltà o un complesso di facoltà di puro fatto; e, da un punto di vista non sostanzialmente diverso, da altri si è negato che la proprietà sia un diritto. Ora, tali opinioni, che allargano il campo di ciò che è giuridicamente indifferente, non sono meno erranee di quelle opposte, per cui ogni attività sarebbe invece sempre giuridicamente rilevante. Le une e le altre non valutano esattamente il limite, sino al quale l'ordinamento giuridico si estende e oltre il quale esso non penetra. E in vero, tale ordinamento attribuisce il diritto di libertà, ma poi sono per esso dei semplici fatti di cui non si preoccupa una serie di atti che da quel diritto derivano; conferisce il diritto di proprietà, ma non si interessa del modo con cui il proprietario gode della sua cosa, finché

non ne fa un uso contrario alle leggi; al padre di famiglia concede la patria potestà, diritto del quale vieta e anche punisce l'abuso, ma non considera come diritti veri e propri le varie facoltà di fatto comprese nella potestà medesima e che sono giuridicamente indifferenti, come quella di somministrare uno scappellotto al figliuolo che commetta una birichinata.

Data questa sfera o, meglio, queste diverse sfere, giuridicamente indifferenti nel loro interno — nel senso che si è detto — ne deduciamo il corollario che può darsi che, entro il loro interno, s'impianti un altro ordinamento giuridico, che sarà, a sua volta, indifferente pel primo ordinamento che riconosce l'esistenza di quelle sfere, fino a che non si esorbiti da esse. Come sono indifferenti i singoli atti che si possono compiere a volontà del *dominus* (per dir così) delle sfere medesime, così ugualmente indifferente sarà l'ordinamento con cui, in taluni casi, si cercherà, dallo stesso *dominus*, di regolare tali atti. Questo ordinamento potrà essere da per sé giuridico, se avrà gli estremi per ciò necessari, secondo i criteri da noi posti, ma sarà privo di rilevanza per l'ordinamento statuale. Nello stesso modo che quest'ultimo non dà importanza, come si è detto, ai mezzi di correzione che il padre può usare verso i figli, tranne che essi non costituiscano abusi della patria potestà, così esso ignora, di solito, il regolamento di disciplina che vige in un convitto, in un istituto, in una casa privata di cura. Soltanto punisce (art. 390 Cod. pen.)^{139 ter} certi mezzi di correzione o di disciplina, che considera come abusi, non, si noti bene, rispetto alle norme contenute in quel regolamento, che non ha per esso alcuna importanza, ma rispetto ai limiti assegnati

^{139 ter} [art. 511 cod. penale vigente].

dallo Stato stesso a quei diritti, in base ai quali si può tenere quel qualsiasi stabilimento di cui si parla ¹⁴⁰.

Invece, può anche darsi che, per speciali ragioni che variano secondo i casi, l'ordinamento giuridico di un ente particolare che si svolga nell'ambito di autonomia ad esso assegnato dallo Stato, non sia del tutto indifferente per quest'ultimo: così avviene, per esempio, per i regolamenti degli enti autarchici, o per il diritto della Chiesa, che è preso in considerazione come diritto obbiettivo dallo Stato. Ne viene che le autorità di quest'ultimo, pure arrestando la loro competenza, almeno di regola, di fronte ai singoli atti di tali enti, fin dove si estende la discrezionalità di questi atti, ciò non di meno possono sindacarne la legalità non solo in base al diritto statutale, ma anche in base al diritto interno degli enti medesimi ¹⁴¹.

c) Infine, è da accennarsi anche ad un'altra ipotesi. Infatti, può darsi che l'ordinamento giuridico dello Stato, da una parte, non vieti a ciascuno dei suoi sud-

¹⁴⁰ Da ciò si vede come, secondo noi, sbagliano coloro che, in base al diritto positivo italiano, parlano di un diritto disciplinare dei privati. La disciplina privata, se è rilevante per il diritto statutale, non lo è come disciplina, ma sotto altre figure, per lo più come sanzione di obblighi risultanti da un contratto. Essa inoltre può essere irrilevante affatto, tranne che come abuso di un altro diritto (p. es., del diritto di patria potestà), che non è un diritto di disciplina. Il che non toglie che essa sia talvolta rilevante per un ordinamento diverso da quello statutale. [Adesso sono dell'opinione che al problema, che merita in ogni caso di essere riesaminato, non possa sempre darsi una risoluzione così assoluta].

¹⁴¹ Per quanto riguarda questo punto delle relazioni fra lo Stato e la Chiesa, v., in vario senso: SCADUTO, in *Giurispr. it.*, 1904; VACCHELLI, in *Foro it.*, 1904; SCHIAPPOLI, in *Legge*, 1903, e *Manuale*, nn. 291-292 [ed. 1934, p. 75 segg.]; COVIELLO, *Manuale*, I, §§ 98-99 [= ed. 1922]; JEMOLO, *Amministrazione ecclesiastica*, n. 85 segg.

diti (così come non impone) un'attività, che rimane per conseguenza libera, ma, dall'altra parte, non vieti neppure ai rimanenti soggetti di esplicare un'attività contraria alla prima. Esso, in tal caso, rimane indifferente di fronte allo svolgersi di due attività che si contrastano e non possono quindi considerarsi come oggetto di veri e propri diritti. Il diritto italiano, per esempio, non vieta il suicidio, ma con ciò non intende vietare che s'impedisca ad altri di togliersi la vita, e non si può certo parlare di un diritto alla libertà di suicidio. E ci sono, come più volte abbiamo rilevato, intere materie che l'ordinamento dello Stato esclude dalla sua orbita e delle quali quindi si disinteressa, non soltanto parzialmente, come nei casi contemplati sopra (*sub b*), ma totalmente.

Fra queste materie, di cui qualcuna abbiamo già accennato, importa annoverare quelle che hanno carattere puramente spirituale e religioso. Almeno c'è una tendenza dello Stato moderno, se e in quanto si afferma laico e separatista, a disinteressarsi di esse. Le disposizioni che si vanno facendo sempre più rare, che le prendono in considerazione, sono di solito residui di più antichi ordinamenti, che, non essendo stati abrogati, continuano ad aver vigore, ma non fanno venire meno la regola, che è quella accennata. Se ne può avere un esempio nella materia del matrimonio religioso, relativamente alla quale le norme del diritto dello Stato prima vigenti sono state abrogate dalle nuove norme che hanno istituito e regolato il matrimonio civile ^{141 bis}. Ond'è che questa materia, in sé e per sé, rimane estra-

^{141 bis} [Com'è noto, il diritto più recente dello Stato italiano riconosce effetti civili anche ai matrimoni celebrati innanzi ai ministri della Chiesa cattolica e dei culti ammessi].

nea al diritto statale, per cui sono indifferenti anche gli ordinamenti delle varie Chiese o altri enti di culto, che la disciplinino per conto loro. Principio questo che può servire per risolvere la questione se, per il diritto dello Stato, esiste un diritto dei fedeli ad ottenere dalla competente autorità religiosa la celebrazione del matrimonio ¹⁴². A tale questione si deve, secondo noi, rispondere negativamente, in base alla semplice considerazione che si tratta di una materia irrilevante pel diritto statale. E non importa andare a cercare, come ha fatto altri, se quel diritto, che certo non è attribuito direttamente dallo Stato, sia invece attribuito dall'ordinamento delle varie comunità religiose, perché, anche se quest'ultima attribuzione fosse provata, si dovrebbe sempre ritenere che si tratta di un ordinamento che non esiste per lo Stato, il quale quindi non può tutelare i diritti che dall'ordinamento stesso derivano. Il riconoscimento del diritto ecclesiastico come diritto obbiettivo, da parte dello Stato, è preordinato agli *effetti civili*, che possono derivarne: quelle sue parti invece, che non producono tali effetti, sono per esso irrilevanti, a meno che non occorran disposizioni speciali, che si possono dire anche eccezionali, che stabiliscano il contrario.

Il che, si noti bene, non è un principio che vale soltanto per le materie religiose, ma anche per altre. Si potrebbe, a questo proposito, ricordare la famosa controversia se siano ammissibili, nel campo del diritto privato — escluso il diritto di famiglia, per cui si hanno norme particolari — obbligazioni che non abbiano ca-

¹⁴² V. sulla questione JEMOLO, *Esiste un diritto dei fedeli al sacramento?* in *Rivista di diritto pubblico*, 1915, II, p. 133 segg. Un breve cenno v. anche in CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Torino 1903, II, pp. 533 e 673, [ed. 1906, nn. 529, 598].

rattere patrimoniale. In sostanza, tale controversia, ove si risolve in senso negativo, postula il principio della irrilevanza di tutta una serie di rapporti pel diritto privato statuale, la cui materia sarebbe limitata per l'appunto, almeno di regola, a quei rapporti che direttamente o indirettamente hanno valore o effetti patrimoniali.

Ad un punto di vista analogo è, secondo noi, da ricondursi la questione se il socio di una società privata, espulso da questa, abbia sempre ed in ogni caso diritto di adire contro tale espulsione i tribunali dello Stato. Tale diritto non è, almeno in massima, da disconoscersi, se si tratta di una società commerciale o civile, o se essa è comunque eretta in corpo morale, perché allora si è in presenza di enti riconosciuti dallo Stato e regolati direttamente o indirettamente dal suo diritto. Ma se si tratta invece di una società, che in nessun senso può dar luogo a rapporti o effetti « civili » (intesa questa parola nel suo significato più largo), allora ci sembra che la competenza dei tribunali statuali venga meno, perché pel diritto dello Stato è indifferente la società stessa e il suo ordinamento interno. Quindi tale competenza manca, non soltanto quando quest'ultimo contiene delle disposizioni che vietino ai soci di adire le autorità dello Stato e rimettano ad altri le controversie relative ¹⁴³, ma anche quando lo statuto sociale non contiene nulla di tutto ciò. Secondo noi, non è possibile, in nessun caso, che l'autorità giudiziaria decida, per esempio, se un partito politico abbia fatto bene o male ad espellere un suo

¹⁴³ Imposta la questione sul presupposto dell'esistenza di tali disposizioni, di cui indaga l'efficacia, C. LESSONA, *I diritti dei soci nelle associazioni private*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, p. 378 segg. Accenna al problema in termini più generali il BIANCHI, *Corso di diritto civile* ², IV, n. 17.

membro e non è concepibile che condanni il partito stesso a riammetterlo ^{143 bis}: s'intende che la sua competenza dovrà invece riconoscersi per le questioni, connesse con l'espulsione, cui si ricollegassero eventualmente « effetti civili ». A quali conseguenze poi potrebbero condurre questi principii, in una costruzione di quella teoria delle associazioni, che ancora manca, qui non è, naturalmente, il caso di indagare.

§ 48. Infine, sarà bene chiudere il presente capitolo con l'accenno ad un argomento, su cui ci riserviamo di tornare in seguito, ma di cui intanto possiamo anticipare alcuni punti.

Finora abbiamo stabilito le relazioni fra i vari ordinamenti giuridici considerando le istituzioni in cui essi si concretano ciascuna in sé e per sé, cioè come sfere giuridiche distinte l'una dall'altra, nonostante i rapporti fra essi intercedenti. Senonché, come ripetutamente si è avvertito, si danno istituzioni che sono comprese in altre e da queste assolutamente dominate, in modo che il loro ordinamento giuridico è da considerarsi come parte dell'ordinamento delle prime. La distinzione dunque dei rispettivi ordinamenti, che pure deve continuare a farsi e che, sotto certi punti di vista, è sempre necessaria, si risolve, sotto altri punti di vista, in una *partizione interna* dell'ordinamento dell'istituzione superiore. Quale sia l'importanza e il significato, che deve attribuirsi a tale partizione, è problema che la dottrina ha di recente esaminato parecchie volte, ma ci sembra con risultati non decisivi, e che infatti non

^{143 bis} [Diversamente dovrebbe porsi la questione in quegli ordinamenti in cui un partito politico assume la figura di un ente pubblico inquadrato nell'ordinamento costituzionale dello Stato, e qui non importa vedere quale soluzione dovrebbe allora accogliersi].

potevano esser tali, data l'impostazione non completamente esatta del problema medesimo.

È noto che nell'ordinamento di taluni enti, specialmente dello Stato, si sono distinte le norme, che regolerebbero la posizione e i rapporti dell'ente e dei suoi sudditi, l'uno di fronte agli altri, nonché di questi fra loro, e le norme che, in contrapposto alle prime, si sono dette interne, e che sarebbero rivolte dall'ente a se medesimo o ai propri organi. Senonché, questa distinzione, che, posta in tali termini, appare, a prima vista, molto chiara, si è rivelata imprecisa e oscura, quando si è sentito il bisogno di comprendere fra le norme interne delle altre, che evidentemente concernono rapporti fra l'ente e altre persone: per esempio, le norme che costituiscono il regolamento di una biblioteca dello Stato, le norme disciplinari che valgono per le scuole di quest'ultimo, e così via. Ed allora si è ricorsi ad un altro criterio: si sono distinte le norme a seconda che concernono i poteri di supremazia generali, di cui l'ente è titolare, e le norme che concernono invece i suoi poteri di supremazia speciali, e quindi uno *status* di particolare sudditanza in cui possono trovarsi determinate persone, per varie cause, che non son comprese in quelle da cui deriva la loro sudditanza generale. Le seconde, a differenza delle prime, dovrebbero comprendersi fra le norme interne. Questo modo di intendere la distinzione, che io stesso, in parecchi lavori, ho contribuito a precisare ¹⁴⁴, non è da per sé inesatto. Mi sembra però che, oramai, esso possa venire superato e assorbito da un

¹⁴⁴ V. la mia memoria *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Arch. giur.*, 1905, e i miei *Principii di dir. amministrativo it.*³, Milano 1912, n. 7. V. anche RANELLETTI, *Principii di dir. amministrativo*, I, pp. 236, 276; G. ARANGIO RUIZ, *Istituz.*

punto di vista più completo e più alto, che, mentre spiega meglio il concetto di norma interna, pone in miglior luce anche il concetto di potere di supremazia speciale, assieme ad altri, che sono rimasti nell'ombra.

Il punto di vista, al quale accenniamo, è quello per cui, in taluni enti, di struttura molto complessa, come è specialmente, ma non certo esclusivamente, lo Stato, sono da distinguersi parecchie istituzioni che, considerate assieme, ne formano poi una. Istituzioni, in questo senso, sono i singoli organi dello Stato (le Camere, i vari ministeri, in generale ciascun ufficio) e non soltanto gli organi, *stricto sensu*, ma anche i c. d. istituti statuali, cioè le sue scuole, i suoi musei, le sue biblioteche, i suoi stabilimenti ecc. (§ 12 *sub* 3). Ancora: un'istituzione si può considerare ogni complesso di questi organi e di questi istituti, in quanto sono fra loro coordinati, subordinati e ridotti ad unità, e quindi ciascuno dei tre c. d. poteri dello Stato: il legislativo, l'esecutivo, il giudiziario, i quali poi, assieme sommati, costituiscono quella maggiore istituzione, che è l'intera organizzazione statale. Finché si arriva all'istituzione massima, che è lo Stato stesso e comprende in sé tutte le istituzioni minori che si sono accennate e, quindi, oltre la sua organizzazione propriamente detta, gli altri elementi di cui esso consta.

Se ciò è vero, se ne può dedurre il seguente corollario. Ogni istituzione è, per definizione, secondo quanto abbiamo dimostrato nel primo capitolo, un ordinamento giuridico: poichè, nel caso nostro, si hanno istituzioni

di dir. costituzionale it., nn. 481, 549; SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo 1913, p. 55 segg.; ZANOBINI, *Le norme interne di dir. pubblico*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1915, II, p. 321 segg.; PRESUTTI, *Istituz. di dir. amministrativo it.*², Roma 1917, n. 40 [= 3^a ed., Messina 1934, n. 40, p. 75].

che sono parti di un'altra, gli ordinamenti giuridici che costituiscono le prime sono parti dell'ordinamento giuridico di quella più ampia che le comprende: essi sono dunque ordinamenti giuridici interni di quest'ultima. Riferendoci allo Stato (ma, evidentemente, possiamo seguire i medesimi criteri per qualunque altro ente di struttura non semplice), noi intendiamo per norme interne e (adesso possiamo dir meglio e più complessivamente) per ordinamenti interni di esso:

a) gli ordinamenti della sua organizzazione, in quanto concernono la posizione rispettiva e i rapporti dei suoi vari organi e istituti;

b) gli ordinamenti dei suoi singoli organi e istituti, sia in sé e per sé, sia nei rapporti con le persone che sono titolari dei rispettivi uffici o con le persone che, per varie cause, possono essere ammesse negli istituti medesimi.

Seguendo questi criteri, si hanno i seguenti vantaggi. Il concetto di un ordinamento interno risulta delimitato con precisione e soprattutto si riduce ad unità: è interno l'ordinamento di un'istituzione compresa in un'altra maggiore, di fronte all'ordinamento di quest'ultima, e, quindi, così il diritto di un ufficio statale rispetto al diritto dello Stato comprensivamente considerato, come il diritto dello Stato rispetto al diritto internazionale. In secondo luogo, per quanto riguarda il diritto statale, il concetto di ordinamento interno non è più subordinato a quello del potere speciale di supremazia: anzi, quest'ultimo si deve dedurre dal primo e in modo che resti molto chiarito e completato. Infatti, noi adesso siamo in grado di porre nel loro giusto rilievo non solo i poteri di supremazia speciale, di fronte a quelli di supremazia generale, ma tutta una serie di altri poteri, diritti, doveri, posizioni e situazioni, che possono dirsi

speciali, di fronte a quelli analoghi che hanno carattere di generalità. La distinzione, divenuta oramai semplicissima, non può essere che la seguente: si diranno generali quegli *status*, quei rapporti, quei poteri, diritti, obblighi, ecc., che si fondano sull'ordinamento dello Stato considerato nel suo complesso, come istituzione in cui restano assorbite le altre; mentre si diranno speciali i correlativi momenti che si fondano sull'ordinamento di un'istituzione statutale considerata in sé, isolatamente. Così è la distinzione accennata del diritto obbiettivo che giustifica e spiega l'altra, che ha riguardo a momenti subbiettivi: il che è più esatto anche logicamente.

Ciò posto, sono da distinguersi due specie di ordinamenti interni. In primo luogo quelli posti dall'istituzione comprensiva delle altre, ma non per l'istituzione medesima considerata nel suo complesso, sì bene per una delle istituzioni minori subordinate alla prima: per esempio, le norme sancite nello Statuto o in altre leggi concernenti i c. d. *interna corporis* delle Camere parlamentari, le norme disciplinari per gl'impiegati dello Stato contenute nelle sue leggi o regolamenti generali, ecc. In secondo luogo, gli ordinamenti posti da ciascuna delle istituzioni minori per se medesima: per esempio, i regolamenti delle Camere; le istruzioni rivolte dal superiore gerarchico ai suoi dipendenti; i regolamenti propri di un istituto, di una biblioteca; ecc. I primi sono ordinamenti interni, avuto riguardo alla sfera per cui valgono, che è quella di un'istituzione compresa nella maggiore, ma non avuto riguardo alla fonte da cui emanano, che è l'istituzione maggiore. I secondi sono ordinamenti interni, sia per la sfera in cui hanno efficacia sia per la loro fonte.

Finalmente, è da osservare che rimane così molto semplicemente risolta la questione se tali ordinamenti

interni debbano considerarsi come ordinamenti giuridici. L'opinione negativa, che anche noi altre volte abbiamo accolta e che è la predominante, è esatta nel senso che gli ordinamenti del secondo tipo accennato sono irrilevanti, come tali, per l'ordinamento generale, non fanno parte integrante di quest'ultimo, non si amalgamano con esso: il che non significa che siano irrilevanti da altro punto di vista. Così, i regolamenti interni delle Camere parlamentari o le istruzioni gerarchiche, per quanto la loro emanazione sia contemplata dal diritto generale dello Stato, anzi talvolta sia per esso obbligatoria, pur nondimeno non fanno corpo con questo, non si uniscono con le leggi e i regolamenti generali a costituire l'ordinamento dello Stato medesimo considerato come istituzione unica e complessiva. Il che è un corollario del principio che essi sono elementi di un ordinamento a sé, di un'istituzione particolare, compresa in quella statuale, ma distinta, e concernono l'istituzione medesima proprio in quanto resta distinta, non in quanto si riassorbe in quella superiore: essi, in questo senso, e ciò si è talvolta rilevato per i regolamenti parlamentari, sono manifestazioni di autonomia. D'altra parte, quando si considerano non più in rapporto all'ordinamento comprensivo dello Stato, ma in se stessi, non si può negare che siano dei veri e propri ordinamenti giuridici. Anche questo è un corollario della definizione del diritto che abbiamo posta e del principio che ogni istituzione è sempre un ordinamento giuridico. Come si vede, le due opinioni, che finora si sono contese il campo, sono vere entrambe, ma ciascuna in senso relativo, così come, prese in senso assoluto, sono entrambe erronee, in quanto presuppongono un concetto del diritto che è da rettificarsi secondo i criteri che abbiamo delineato. Quanto poi alle norme interne del primo tipo, che sono tali non

per la loro fonte, ma per il loro ambito d'efficacia, il loro carattere giuridico non è da porsi in dubbio, anche dal punto di vista sopra accennato, cioè della piena giuridicità dei rapporti organici dello Stato (§ 22 *sub* 3).

E ci sembra che, traendo alle loro ultime conseguenze questi principii, non pochi vantaggi si otterrebbero per la ricostruzione di alcune teorie generali: aspetti nuovi e interessanti potrebbero, per esempio, rivelare la teoria dei rapporti di diritto pubblico, quella della divisione dei poteri, e così via.



INDICE ANALITICO

(I numeri indicano le pagine)

- ACCORDI INTERNAZIONALI 61, 62, 63, 69.
AGO 24, 101, 145, 164, 179, 185, 187.
ANSCHÜTZ 99.
ANZILOTTI 7, 19, 23, 51, 55, 56, 61, 63, 83, 91, 114, 158, 159, 161,
164, 166, 169, 171, 176, 190, 204.
ARANGIO RUIZ G. 107, 218.
ARANGIO RUIZ V. 92, 140.
ARISTOTELE 52.
AUTARCHIA 167, 208.
AUTONOMIA 38, 70, 141, 143, 149, 153, 163, 195, 213.
AZIENDA 75, 98.
BALDONI 66, 100.
BALLADORE PALLIERI 137, 145, 164, 187, 188.
BARASSI 107, 137, 199, 200, 201.
BARBEYRAC 32.
BARTOLOMEI 107.
BATTAGLIA 99, 133.
BEHREND 29.
BEKKER 132.
BERGBOHM 207.
BERGSON 124.
BERHOLZHEINER 107.
BETTI 139, 193.
BIANCHI F. 216.
BIERLING 4, 132, 172, 174, 207.
BISCARETTI DI RUFFIA 51, 66, 101, 140.
BOBBIO 35, 41, 47, 99, 102.
BONFANTE 193.
BONUCCI 41, 100, 107, 137.
BORNHAK 201.
BRESCHI 65, 81, 83, 100.
BRUGI 107.
BRUNETTI G. 5, 193.

INDICE ANALITICO

- CALAMANDREI 35, 139, 202.
CAMMARATA 99, 138.
CAPOGRASSI 41, 47, 99, 100, 122, 123, 138, 139.
CARISTIA 101, 139.
CARLINI 100.
CARNELUTTI 94, 101, 111, 138.
CASA REALE 75.
CASSOLA O. 122, 140.
CATHREIN 132.
CAVAGLIERI 185.
CERETI 100.
CESARINI SFORZA 35, 47, 99, 139, 193.
CHECCHINI 122, 137, 140, 145, 178, 179, 185.
CHIARELLI 100, 138.
CHIOVENDA 174.
CHIRONI 107, 215.
CICALA 92.
CICU 68, 92, 94, 134.
CIPROTTI P. 122, 140.
CITTADINANZA 84, 86.
COMUNITÀ INTERNAZIONALE 53, 64, 68, 136.
 V.: DIRITTO INTERNAZIONALE.
COMUNITÀ NECESSARIE 133, 138.
 V.: DIRITTO; ISTITUZIONI; ORDINAMENTO GIURIDICO.
CONCORDATI ECCLESIASTICI 69, 166, 167.
CONDORELLI 99.
CORNAGGIA MEDICI 122.
CORTE REALE 75.
COSTAMAGNA 137.
COVIELLO N. 9, 13, 122, 132, 213.
CRISAFULLI 47, 63, 99, 100, 138, 139.
CRISCUOLI 100.
CROCE 18, 25, 36, 123, 132.
CROSA 139.
CUCHE 200.
DALLARI 107, 116.
D'AVACK 122, 140, 178, 179.
DE CRESCENZIO 196.
DE FRANCISCI P. 139.
DELOS 35.
DEL GIUDICE V. 7, 107, 116, 117, 119, 122, 138, 140, 178, 179.
DE LUCA L. 122, 140.
DEL VECCHIO G. 17, 47, 99, 123, 139.
DE RUGGIERO R. 107.
DESQUEYRAT 35.

INDICE ANALITICO

- D'EUFEMIA 139.
DIANA 174.
DIENA 169.
DIRITTI 94, 208, 209, 210.
 correlazione con gli obblighi 94, 210.
DIRITTI REALI 93.
DIRITTO 4, 10, 14, 24, 35, 41, 44, 45, 46, 47, 49, 96.
 caratteri distintivi 16, 18, 22, 25, 44.
 definizione comune 4.
 — sua insufficienza e inammissibilità 5, 14, 19, 26, 49, 97, 133.
 — sua origine 7.
 — e altre manifestazioni della vita sociale (morale, economia ecc.) 43, 44, 45.
 — e comunità 25, 35.
 — e comunità necessarie 133, 138.
 socialità del diritto 25, 37.
 statualità del diritto 47, 103, 106, 136.
 V.: ISTITUZIONE; NORME GIURIDICHE; ORDINAMENTI GIURIDICI;
 ORDINAMENTO GIURIDICO; STATO.
DIRITTO COSTITUZIONALE 52, 98.
« DIRITTO DI CASA » 74.
DIRITTO ECCLESIASTICO 45, 115, 134, 213.
 diritto canonico e diritto ecclesiastico dello Stato 116, 118, 194.
 V.: CONCORDATI ECCLESIASTICI; DIRITTO; ISTITUZIONE; ORDINAMENTI GIURIDICI; ORDINAMENTO GIURIDICO; RINVIO; STATO.
DIRITTO INTERNAZIONALE 52, 68, 106, 114, 153, 157.
 — e diritto statale 114, 153, 157, 163.
 V.: ACCORDI INTERNAZIONALI; COMUNITÀ INTERNAZIONALE; ISTITUZIONE; ORDINAMENTI GIURIDICI; ORDINAMENTO GIURIDICO; RINVIO; STATO; TRATTATI INTERNAZIONALI.
DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO 148, 166, 167, 185.
 conflitti fra ordinamenti statali 166, 172, 173, 174, 175.
 norme di applicazione 171, 172, 186.
 norme di collisione 172, 177, 186.
 V.: RINVIO.
DIRITTO OGGETTIVO.
 V.: DIRITTO.
DIRITTO SOGGETTIVO.
 V.: DIRITTI.
DISCIPLINA 126, 212.
 poteri disciplinari privati 126, 212.
DONATI D. 14, 75, 83, 85, 87, 164, 166, 169, 172, 175, 190, 206, 207, 208.
DUGUIT 4, 43, 128.
EHRlich 10, 43.

INDICE ANALITICO

ENNECCERUS 4, 30, 132.

ENTI DI FATTO 129, 202.

V.: ISTITUZIONI.

ESPOSITO C. 139.

FALCHI 83.

FALCO 122.

FAMIGLIA 68, 74.

ordinamento interno della famiglia 74, 194.

FEDERAZIONI DI STATI 69.

FEDOZZI 56, 66, 100, 169.

FERRARA F. 29, 47, 76, 78, 89, 100, 124, 129, 137, 183.

FERRARA F. jun. 76.

FILOMUSI GUELFI 42, 107.

FLEINER 30.

FRAGAPANE 140.

FRIEDBERG 132.

FUNZIONE LEGISLATIVA 84.

limiti alla funzione legislativa 84, 90.

GANGI 179.

GENTILE 19, 26.

GENY 128, 133.

GHIRARDINI 164, 168, 169, 171, 176.

GIACCHI 122.

GIANNINI M. S. 12.

GIERKE O. 42, 130, 132, 133.

GIPHANUS 52.

GRECO 76.

GRISPIGNI 138.

GROZIO 56.

GUELI 39, 100, 103, 138.

GURWITCH 35.

HAURIUO 30, 32, 33, 34.

HEGEL 110, 114.

HEINER 132.

HEINSIUS 52.

HOBBS 32.

HOLD v. FERNECK 51.

HUBRICH 74.

HUGUET 35.

IMPRESA 75.

V.: AZIENDA.

INVREA 139.

ISTITUTO 30, 75, 128, 194.

ISTITUTO GIURIDICO 36.

V.: ISTITUZIONE.

INDICE ANALITICO

- ISTITUZIONE 30, 35, 41, 68, 96, 99, 103.
autonomia della istituzione 38, 141, 143.
concetto e caratteri 28, 35, 39, 40, 96, 99, 102, 141.
elementi e sostrato 37, 68, 71, 135.
individualità dell'istituzione 49.
obbiettività dell'istituzione 50.
unità dell'istituzione 11, 12, 35, 37, 38, 39.
vari significati della parola istituzione 27, 36.
e comunità 35, 37.
e diritto costituzionale 52, 99.
e diritto internazionale 53.
e istituto giuridico 30, 36.
e ordinamento giuridico 35, 41, 46, 47, 96, 99, 101, 103, 133.
e organizzazione 40, 42, 44, 49, 54, 98, 101.
e rapporto giuridico 66, 85, 86, 87, 88.
V.: DIRITTO; NORME GIURIDICHE; ORDINAMENTO GIURIDICO.
- ISTITUZIONI, VARIE SPECIE:
con fini generali e particolari 141.
con ordinamenti diversi da quelli riconosciuti dallo Stato 74, 125.
con e senza personalità 144.
dipendenti e indipendenti 38, 144, 146, 147, 148, 183, 184, 185.
— diverse forme di indipendenza 144, 146, 147, 150, 162, 183.
necessarie e volontarie 133, 138.
non giuridiche o illecite rispetto ad altre 39, 43, 122, 197.
non riconosciute 129, 202.
originarie e derivate 141.
perfette ed imperfette 38, 143.
rudimentali 35.
semplici e complesse 38, 143.
- JANNACCONE 122.
JELLINEK G. 5, 45, 50, 67, 72, 82, 85, 88, 93, 107, 116, 117, 121, 201.
JEMOLO 122, 140, 178, 179, 213, 215.
JHERING 22, 36, 107, 116, 121.
KELSEN 4, 8, 9, 48, 83, 92, 95, 107, 111, 114, 137, 145.
KIPP 4.
KLEIN 174.
LABAND 153, 201.
LACUNE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO 206.
V.: LIMITI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO.
LASSON 107.
LAUN 9.
LEGGE.
V.: FUNZIONE LEGISLATIVA.
LEONTOVITSCH 30.

INDICE ANALITICO

- LESSONA C. 216.
LESSONA S. 138.
LEVI A. 100, 123, 132, 139.
LEVI L. R. 140.
LIMITI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO 141, 201, 205, 207, 209, 210, 211, 213.
LISTZ 74.
LONGHI 100, 139.
MAGGIORE 6, 100, 107, 123, 139.
MAIORCA 100, 139.
MAITLAND 10.
MANZINI 100.
MARINONI 24, 50, 54, 81, 84, 85, 86, 93, 95, 160, 164, 169, 173, 174, 176, 182, 207.
MAROI 107, 193.
MASTINO 100, 137.
MAYER 30, 99.
MAZZONI G. 137.
MERKEL 132.
MERKL 114.
MESSINA G. 128.
MESSINEO 42, 76, 101, 140.
MEYER 132.
MICELI 13, 18, 47, 51, 99, 107.
MIELE G. 94, 101, 140.
MONACO 66, 101, 139.
MORELLI 146, 187, 204.
MORTATI 100.
NAVE 77.
NAWIASKY 95, 200.
NIEDNER 134.
NORME GIURIDICHE 4, 10, 14, 16, 24.
 aspetto normativo del diritto 14, 16, 24, 27, 49, 50, 51, 57, 97, 99, 102.
 caratteri distintivi delle norme giuridiche 16.
 norme di applicazione: v. Diritto internazionale privato.
 norme di collisione: v. Diritto internazionale privato.
 norme interne 217.
 norme negoziali 70.
 obbiettività delle norme giuridiche 18, 50.
 sanzione 22, 50, 86, 121.
 sistemi di norme 11, 51.
 V.: DIRITTO; ISTITUZIONE; ORDINAMENTO GIURIDICO.
OBBLIGAZIONI NATURALI 192.
OBBLIGAZIONI NON PATRIMONIALI 215.

INDICE ANALITICO

OBBLIGHI 94, 209.

V.: DIRITTI.

OERTMANN 201.

ORDINAMENTI GIURIDICI:

esclusività e unicità degli ordinamenti giuridici originari 135, 160, 187.

— interni, concetto e specie 217.

irrilevanza di un ordinamento per un altro 144, 145, 196, 202, 213.

pluralità degli ordinamenti giuridici 36, 106, 108, 122, 131.

— presupposti da altri ordinamenti 143, 147, 156, 159, 190.

relazioni fra ordinamenti giuridici 137.

rilevanza di un ordinamento per un altro 144, 145, 147, 148, 173.

— non come ordinamento giuridico 125, 196, 212.

— pel suo contenuto 145, 162, 167, 180.

— per la sua efficacia e per i suoi effetti 145, 183.

— per la sua esistenza 145, 149, 156.

— varia estensione della rilevanza 165, 191, 212.

— vari titoli della rilevanza 146, 167, 184.

successione fra ordinamenti giuridici 148, 180, 190.

V.: DIRITTO; DIRITTO ECCLESIASTICO; DIRITTO INTERNAZIONALE;

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO; ISTITUZIONI; NORME GIU-

RIDICHE; ORDINAMENTO GIURIDICO; RINVIO; STATO.

ORDINAMENTO GIURIDICO 25, 27, 41, 99, 103, 122, 131, 221.

garanzie 22, 162.

limiti 141, 204, 207, 209, 211, 213.

obbiettività 18, 50.

sanzioni 22, 49.

unità dell'ordinamento giuridico 11, 12, 50.

V.: COMUNITÀ NECESSARIE; DIRITTO; DIRITTO ECCLESIASTICO;

DIRITTO INTERNAZIONALE; ISTITUZIONE; ISTITUZIONI; LACUNE

DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO; NORME GIURIDICHE; ORDINA-

MENTI GIURIDICI; STATO.

ORESTANO 37, 99, 137.

ORGANI 88.

ORGANIZZAZIONE 29, 40, 42, 51, 54, 89, 99, 101, 135.

ORLANDO 35, 39, 41, 42, 100, 138.

OTTOLENGHI G. 81, 169, 189.

PANUNZIO 137.

PARESCHE 101, 139.

PASCAL 125.

PASSERIN D'ENTRÈVES 99.

PERASSI 140, 164, 187.

PERGOLESII 140.

PEROZZI 12, 81.

PERREAU 35, 193.

INDICE ANALITICO

- PERSONALITÀ 78, 93.
PERSONE GIURIDICHE 28, 68, 77.
 atto di fondazione 79.
 riconoscimento 79.
 V.: ENTI DI FATTO; ISTITUZIONE; ISTITUZIONI.
PERTICONE 99, 100, 137.
PETRONE I. 9, 18, 19, 81, 95, 107, 116.
PICCARDI 101, 103, 140, 146, 188.
PIOLA 122.
PLANIOI 192.
PLATONE 124.
POLACCO 193.
POSIZIONE GIURIDICA 95, 170.
PRESUTTI 219.
PREUSS 132.
PRINCIPII GIURIDICI FONDAMENTALI 63.
PUFENDORF 32.
QUALITÀ GIURIDICA 93.
RADBRUCK 6.
RAMUS 52.
RANELLETTI 50, 82, 85, 88, 107, 116, 137, 218.
RAPPORTO GIURIDICO 66, 85, 86, 88, 92, 207.
 V.: ISTITUZIONE.
RAPPRESENTANZA POLITICA 90.
RAVÀ A. 9, 48, 85, 123, 132, 140.
RAVÀ R. 139.
REDENTI 12, 92, 128.
REGELSBERGER 133.
REHM 85, 132, 201.
RENARD 35.
RINVIO 158, 165.
 concetto e specie 158, 165, 174, 177.
 — di un ordinamento statale ad altro ordinamento statale 174, 177, 185.
 — di un ordinamento statale a quello canonico e di questo a quello 167, 178, 184, 189.
 V.: DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO; ORDINAMENTI GIURIDICI.
RIVA SANSEVERINO 200.
ROCCO (ARTURO) 100.
ROMANO (SALVATORE) 193.
ROMANO (SANTI) 12, 21, 49, 50, 52, 56, 63, 65, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 90, 91, 113, 114, 141, 146, 158, 161, 164, 168, 183, 185, 190, 202, 206, 207, 209, 218.
ROSMINI 25, 132.
ROSSI P. 9.

INDICE ANALITICO

- ROTONDI M. 137.
ROVELLI 138.
RUFFINI F. 100, 132, 139.
SÄGMÜLLER 132, 178.
SALEMI 100, 139, 219.
SALVIOLI (GABRIELE) 61.
SANZIONE 22, 50, 86, 121.
SCADUTO F. 213.
SCHENK 95.
SCHERER 132, 178.
SCHIAPPOLI 107, 116, 213.
SCHMITT C. 16, 66, 101, 140.
SCUTO 137.
SEBASTIANELLI 46.
SEIDLER 85.
SIMONCELLI 107, 196.
SINAGRA 101, 139.
SOHM 133, 134.
STABILIMENTO 75, 127, 199.
STAMMLER 111, 132.
STAMPE 14.
STATO 48, 50, 67, 84, 111.
 autolimitazione dello Stato 82.
 — e diritto 48, 50, 60, 84, 103, 106, 108, 112, 115, 119, 122, 137.
 elementi dello Stato 84.
 organi dello Stato: v. ORGANI.
 — patrimoniale 72.
 personalità dello Stato 83.
 potestà dello Stato 81.
 — senza personalità 67, 72.
V.: CITTADINANZA; FEDERAZIONE; DIRITTO; ISTITUZIONE; ORDINAMENTO GIURIDICO; STATO FEDERALE; TERRITORIO DELLO STATO; UNIONE REALE DI STATI.
STATO FEDERALE 151, 156.
«STATUS» 92, 170, 211.
STUTZ 132.
TEDESCHI 139.
TERRITORIO DELLO STATO 84, 86.
TEZNER 75, 95.
THON 4, 132.
THUDICUM 116.
TRATTATI INTERNAZIONALI 61, 69.
V.: ACCORDI INTERNAZIONALI.
TRIEPEL 23, 51, 53, 55, 91, 158, 161, 164, 190.

INDICE ANALITICO

- TUHR 13.
UNIONI DELLO STATO CON LA CHIESA 69.
 V.: CONCORDATI ECCESIASTICI.
UNIONI REALI DI STATI 69.
VACCHELLI 213.
VALERI 76.
VANNI I. 107.
VASSALLI F. 179.
VERDROSS 114.
VICTORIUS 52.
VOLPICELLI A. 47, 99, 100, 137.
VOLTAIRE 125.
WENZEL 114.
WERNZ 45, 132, 178.
WEYR 8, 9.
WINDSCHEID 4.
ZANOBINI 66, 101, 122, 139, 219.
ZANZUCCHI M. T. 204.
ZICCARDI 41, 100, 103.
ZITELMANN 168, 174, 176.

INDICE-SOMMARIO

| | |
|-----------------------------|--------|
| <i>Prefazione</i> | pag. 1 |
|-----------------------------|--------|

I.

IL CONCETTO DI ORDINAMENTO GIURIDICO

| | |
|--|----|
| § 1. Il diritto in senso obbiettivo concepito comunemente come norma. Insufficienza di tale concezione | 4 |
| § 2. Di alcuni indizi generali di questa insufficienza e in particolare di quelli desunti dalla probabile origine delle correnti definizioni del diritto | 5 |
| § 3. Necessità di distinguere le singole norme giuridiche e l'ordinamento giuridico considerato unitariamente. Impossibilità logica di definire quest'ultimo come un insieme di norme | 10 |
| § 4. Come l'unità di un ordinamento giuridico sia stata talvolta intuita | 12 |
| § 5. Come un ordinamento giuridico non sia soltanto un complesso di norme, ma consti anche di altri elementi | 14 |
| § 6. Come tali elementi siano implicitamente postulati dalle comuni ricerche sui caratteri differenziali del diritto | 16 |
| § 7. Valutazione, da questo punto di vista, della c. d. obbiettività del diritto | 18 |
| § 8. e dell'elemento della sanzione | 22 |
| § 9. L'espressione « ordinamento giuridico » | 24 |
| § 10. Gli elementi essenziali del concetto di diritto. Il diritto come istituzione e il diritto come precetto | 25 |
| § 11. I precedenti dottrinali del concetto di istituzione | 28 |
| § 12. Il nostro concetto di istituzione e i suoi caratteri fondamentali: 1) esistenza obbiettiva dell'istituzione; 2) istituzione e corpo sociale; 3) suità dell'istituzione; istituzioni complesse; 4) unità dell'istituzione | 35 |

INDICE-SOMMARIO

| | |
|---|---------|
| § 13. Equivalenza dei concetti di istituzione e di ordinamento giuridico | pag. 40 |
| § 14. Prove di tale equivalenza tratte dalla dottrina che il diritto è soltanto « forma » | 43 |
| § 15. Ceno di alcuni problemi che debbono risolversi in base a questa equivalenza | 46 |
| § 16. Casi in cui la prima posizione del diritto è data non da norme, ma dal sorgere di una istituzione, e impossibilità di risolvere l'istituzione in norme | 49 |
| § 17. Il concetto di istituzione e l'ordinamento giuridico internazionale | 52 |
| § 18. Istituzione e rapporto giuridico: rapporti fra più persone. | 66 |
| § 19. Rapporti fra persone e cose: esempi di taluni di questi rapporti che, considerati più comprensivamente, possono raffigurarsi come istituzioni | 71 |
| § 20. L'istituzione e la persona giuridica | 77 |
| § 21. La nostra concezione del diritto in riguardo a taluni problemi concernenti: 1) il carattere giuridico della potestà dello Stato; 2) l'estensione della personalità dello Stato; 3) la rilevanza giuridica del suo territorio e della cittadinanza | 80 |
| § 22. Esame critico di talune opinioni che non danno rilievo all'ordinamento giuridico se non in quanto riflette rapporti fra più persone. Applicazioni riguardo: 1) alla sanzione del diritto; 2) al territorio e alla cittadinanza statale; 3) agli organi dello Stato; 4) ai limiti della funzione legislativa | 85 |
| § 23. Alcune conseguenze della nostra concezione in riguardo all'aspetto soggettivo del diritto: al rapporto giuridico; agli <i>status</i> delle persone; ai diritti reali; alla correlazione fra diritti e obblighi; alla posizione di eguaglianza dei soggetti | 92 |
| § 24. Considerazioni riassuntive | 96 |

II.

LA PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI E LE LORO RELAZIONI

| | |
|--|-----|
| § 25. La pluralità degli ordinamenti giuridici e la dottrina che riconduce ogni diritto a quello dello Stato | 106 |
| § 26. Infondatezza di tale dottrina dal punto di vista storico e teorico | 108 |
| § 27. Sua infondatezza anche rispetto al diritto attuale | 112 |

INDICE-SOMMARIO

| | |
|---|----------|
| § 28. Ordinamenti giuridici non statuali; il diritto internazionale; | pag. 114 |
| § 29. il diritto ecclesiastico; | 115 |
| § 30. gli ordinamenti di enti considerati illeciti o ignorati dallo Stato; | 122 |
| § 31. enti che sono regolati dallo Stato, ma che hanno anche un ordinamento proprio non riconosciuto dallo Stato (ordinamenti disciplinari privati; organizzazione interna di stabilimenti di lavoro; le c.d. associazioni o istituzioni non riconosciute, ecc.) | 125 |
| § 32. Le dottrine che limitano il concetto di ordinamento giuridico all'ordinamento delle comunità in genere e in specie alle comunità necessarie | 131 |
| § 33. Le relazioni fra i diversi ordinamenti giuridici. Principii da tenersi presenti in ordine: 1) alle istituzioni originarie o derivate; 2) ai fini particolari o generali delle istituzioni; 3) al loro diverso sostrato; 4) alle istituzioni semplici o complesse; 5) perfette o imperfette; 6) con o senza personalità; 7) indipendenti, coordinate, subordinate | 137 |
| § 34. Concetto della rilevanza di un ordinamento per un altro. | 144 |
| § 35. Il titolo di questa rilevanza: <i>a)</i> la relazione di superiorità e correlativa dipendenza fra due ordinamenti; <i>b)</i> la relazione per cui un ordinamento è il presupposto di un altro; <i>c)</i> la relazione per cui più ordinamenti reciprocamente indipendenti dipendono da un altro; <i>d)</i> la rilevanza attribuita unilateralmente da un ordinamento ad un altro dal quale è dipendente; <i>e)</i> la relazione di successione fra più ordinamenti. | 146 |
| § 36. Diversi momenti (dell'esistenza, del contenuto, dell'efficacia) in cui può esplicarsi la rilevanza di un ordinamento per un altro. Casi in cui l'esistenza di un ordinamento dipende da un altro: <i>a)</i> completa subordinazione del primo rispetto al secondo, che lo pone direttamente o gli dà una limitata autonomia. Indipendenza, quanto alla sua esistenza, di un ordinamento in casi di subordinazione meno estesa (alcune sfere dell'ordinamento degli Stati membri di uno Stato federale, rispetto a quest'ultimo; ordinamento degli Stati rispetto al diritto internazionale) e principii generali; | 148 |
| § 37. <i>b)</i> nell'ipotesi che un ordinamento sia il presupposto di un altro (diritto statale rispetto al diritto internazionale). | 156 |
| § 38. La rilevanza di un ordinamento per un altro riguardo al loro contenuto. Vari casi: <i>a)</i> ordinamento superiore fonte immediata, o mediata di un ordinamento inferiore; ordinamento superiore (diritto internazionale, concordati ecclesiastici) che non è fonte, ma influisce altrimenti sul contenuto di ordinamenti inferiori | 162 |

INDICE-SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| § 39. <i>b)</i> Ordinamento superiore che influisce sul contenuto di più ordinamenti sottoposti, ma fra loro indipendenti . . . pag. | 166 |
| § 40. <i>c)</i> Ordinamento che determina da sé il proprio contenuto tenendo conto di altro ordinamento sottoposto o indipendente: il diritto internazionale privato; il diritto ecclesiastico, che rinvia a leggi civili; il diritto dello Stato che rinvia al diritto ecclesiastico | 167 |
| § 41. <i>d)</i> Ordinamento che si incorpora in un altro | 180 |
| § 42. La rilevanza di un ordinamento per un altro riguardo ai suoi effetti: efficacia esterna e interna di un ordinamento. Vari casi di efficacia esterna: <i>a)</i> nei rapporti fra più ordinamenti l'uno dipendente dall'altro totalmente o parzialmente; <i>b)</i> nei rapporti fra più ordinamenti indipendenti per disposizione unilaterale di uno o ciascuno di essi. Diritto internazionale privato; efficacia civile del diritto ecclesiastico; <i>c)</i> nei rapporti fra più ordinamenti di cui l'uno è presupposto dell'altro; <i>d)</i> nei rapporti fra più ordinamenti che si succedono l'uno all'altro | 183 |
| § 43. Diversa estensione della rilevanza di un ordinamento per un altro. Applicazioni in ordine al problema delle c.d. obbligazioni naturali | 191 |
| § 44. La irrilevanza di un ordinamento per un altro; totale o parziale, reciproca o unilaterale | 196 |
| § 45. Ordinamento giuridico irrilevante come tale per un altro, ma rilevante sotto altri aspetti (ordinamenti considerati illeciti dallo Stato; organizzazioni industriali, istituzioni di fatto) | 197 |
| § 46. La irrilevanza totale di un ordinamento per un altro: possibilità di tale irrilevanza anche rispetto all'ordinamento dello Stato | 202 |
| § 47. Esame critico della dottrina contraria. Le limitazioni dell'ordinamento dello Stato; loro varie figure e conseguenze; esempi di materie indifferenti giuridicamente per lo Stato (ordinamenti disciplinari privati; alcuni ordinamenti religiosi; ordinamenti di alcune associazioni non patrimoniali ecc.) | 205 |
| § 48. Gli ordinamenti interni di istituzioni, specialmente statuali, di fronte all'ordinamento di altre istituzioni in cui son comprese | 217 |
| INDICE ANALITICO | 225 |

Stampato
nelle Officine Grafiche Fratelli Stianti
Sancasciano Val di Pesa (Firenze)
— Ottobre 1967 —

« Genialmente originale » venne definita quest'opera da Vittorio Emanuele il quale ne riconobbe la caratteristica più saliente nel fatto che « l'indagine condotta da un punto di vista rigorosamente giuridico, sia pure di quel dir generale il quale resta pur sempre una scienza dell'ordine positivo ». E a « E forse questa la prima volta che uno studio sulle nozioni fondamentali di e di Stato venga condotta in guisa da sottrarsi completamente a qualsiasi influenza di natura filosofico-giuridica, più e meglio di quanto non sia riuscito ai migliori scrittori tedeschi di **Allgemeine Recht** ». La presente edizione si basa sulla seconda, rivista e aggiornata personalmente dall'Autore nel 1946.

Santi Romano (Palermo 1875 - Roma 1947), professore di diritto costituzionale a Modena, Pisa, Milano e dal 1928 — in seguito alla nomina a presidente del Consiglio di Stato — presso l'università di Roma, è stato una delle figure più insigni della scienza giuridica italiana. Fra le sue trattazioni generali vanno ricordate: **Principi di diritto internazionale** (1926), **Corso di diritto amministrativo** (1930), **Corso di diritto costituzionale** (1926). Ultima sua opera fu: **Frammenti di un dizionario giuridico** (1947).

L. 2.500

(2358)

UNIVE
BIBLIOTE